

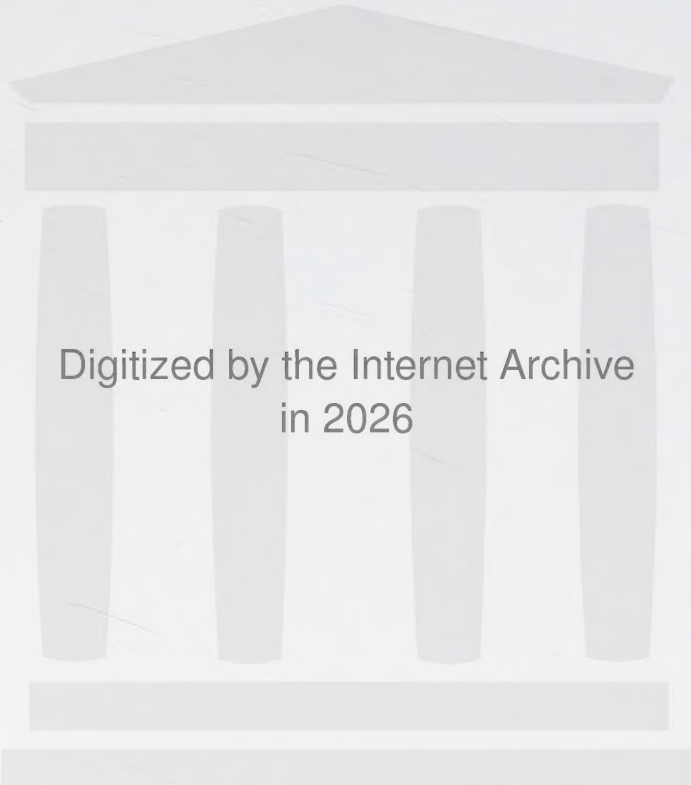
Richard Salomon

**Die unbemerkte Entstehung einer nicht
vollkaufmännischen Schein-KG und ihre Folgen**

1988

*Dies
ist
die*





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554807_0035

MEINEN ELTERN

und

MEINER FRAU

DIE UNBEMERKTE ENTSTEHUNG EINER NICHT
VOLLKAUFMÄNNISCHEN SCHEIN-KG UND IHRE FOLGEN

INAUGURAL - DISSERTATION
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Richard Salomon
aus Kiel

1988

Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Kollhossner
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Baums
Dekan:	Prof. Dr. Petev
Tag der mündlichen Prüfung:	19. Januar 1988

INHALTSVERZEICHNIS

	<u>Seite</u>
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XIV
LITERATURVERZEICHNIS	XV
§ 1 <u>EINLEITUNG</u>	1
TEIL I: <u>FÄLLE DER UNBEMERKTEN ENT- STEHUNG EINER NICHT VOLL- KAUFMÄNNISCHEN SCHEIN-KG</u>	5
§ 2 ABSINKEN AUF DAS NIVEAU EINES KLEINGEWERBES NACH ENTSTEHUNG DER KG	5
I. <u>Voraussetzungen für die Entstehung einer KG</u>	5
1) KG-Vertrag	5
a) Zweck: Gemeinsamer Betrieb eines Handelsgewerbes	5
b) Förderungs- und Beitragspflicht	6
c) Bestimmung der Komplementäre und Kommanditisten	7
2) Wirksamwerden	7
a) durch Eintragung ins Handelsregister	7
b) durch Geschäftsbeginn bei Grundhandels- gewerbe gem. § 123 Abs. 2 HGB	
aa) Geschäftsbeginn	8
bb) Entwicklung zum vollkaufmännischen Geschäftsbetrieb	9

cc) Zustimmung der Komplementäre	9
II. <u>Fälle des von den Gesellschaftern nicht</u> <u>bemerkten Absinkens auf das Niveau eines</u> <u>Kleingewerbes</u>	11
1) Wegfall der Erforderlichkeit eines nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes	11
a) kaufmännische Einrichtung	11
b) Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung	12
aa) "Art" und "Umfang" des Gewerbebetriebes	12
bb) Beurteilung im konkreten Einzelfall	18
cc) Registergericht und berufsständische Organe	21
dd) objektive Beurteilung unabhängig vom Willen der Betriebsinhaber	24
2) Dauerhafter Wegfall der Erforderlichkeit der kaufmännischen Einrichtung	25
3) 3 Fälle der Entstehung einer nicht voll- kaufmännischen Schein-KG	26
a) Fall 1: Grundhandelsgewerbe und Eintragung im Handelsregister	27
b) Fall 2: Grundhandelsgewerbe und noch keine Eintragung im Handelsregister	27
c) Fall 3: Kein Grundhandelsgewerbe und Ein- tragung im Handelsregister	27

	<u>Seite</u>
§ 3 FEHLBEURTEILUNG DES GEWERBEBETRIEBES BEI GESELLSCHAFTSGRÜNDUNG - Fall 4 -	28
Ergebnis zu TEIL I	28
TEIL II: <u>RECHTSSTELLUNG DER NICHT</u> <u>VOLLKAUFMÄNNISCHEN SCHEIN-KG</u>	30
§ 4 RECHTSFORM DER NICHT VOLLKAUFMÄNNISCHEN SCHEIN-KG	30
I. <u>Im Falle der "Fehlbeurteilung des Gewerbe-</u> <u>betriebes bei Gesellschaftsgründung" (Fall 4)</u>	30
1) § 4 Abs. 2 HGB verhindert Gründung einer KG	30
2) Gründung einer GbR auch ohne entsprechenden Willen der Gesellschafter	31
a) Meinungsstand	31
b) Stellungnahme	34
aa) Ablehnung der Meinung von Battes ("Funktionsbeschränkung")	34
bb) Ablehnung der Meinung von Lieb (§ 306 BGB)	36
cc) Meinung von Ulmer (beachtlicher Irrtum)	37
II. <u>In den Fällen des "nachträglichen Absinkens"</u> <u>(Fälle 1 bis 3)</u>	39
1) Umwandlung der Gesellschaft zur GbR	39
a) Im Fall 2 unstreitig	39
b) Meinungsstand in den Fällen 1 und 3	40
c) Stellungnahme	42

aa) Ablehnung der Meinung des Kammergerichts (Liquidation)	42
bb) Ablehnung der Meinung von Bondi ("Formalkaufmann")	43
cc) kaufmännische Einrichtung als Voraussetzung für Fortbestand	44
dd) keine praktischen Probleme bei automatischer Umwandlung zur GbR	45
ee) Ablehnung der Meinung von Schmidt ("Vollkaufmann kraft Eintragung")	46

2) Umwandlung zur GbR auch ohne entsprechenden Willen der Gesellschafter	50
--	----

III. <u>Ergebnis zu § 4</u>	52
-----------------------------	----

§ 5 EINFLUSS DER RECHTSFORMÄNDERUNG BZW. TYPENVERFEHLUNG AUF DIE RECHTSSTELLUNG DER GESELLSCHAFT	53
--	----

I. <u>Haftung des Gesellschaftsvermögens</u>	53
--	----

1) Vergleich zwischen KG und GbR	53
----------------------------------	----

a) KG:	53
--------	----

aa) Verbindlichkeit der Gesellschaft (§ 124 HGB) im Unterschied zur persönlichen Mithaftung der Gesellschafter (§ 128 HGB)	53
--	----

bb) rechtsgeschäftlich und rechtsgeschäftsähnlich begründete Verbindlichkeiten	54
--	----

cc) Verbindlichkeiten aus unerlaubter Handlung	56
dd) sonstige privatrechtliche Verbindlichkeiten	58
ee) Öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten	58
ff) Sonderregeln der §§ 343 ff. HGB	59
gg) Prozeß und Zwangsvollstreckung	59
b) GbR:	59
aa) Gesamthandsverbindlichkeit und Gesellschaftsverbindlichkeit	60
bb) rechtsgeschäftlich und rechtsgeschäfts-ähnlich begründete Verbindlichkeiten	62
cc) Verbindlichkeiten aus unerlaubter Handlung	64
dd) sonstige privatrechtliche Verbindlichkeiten	68
ee) Öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten	70
ff) Sonderregeln der §§ 343 ff. HGB	70
gg) Prozeß und Zwangsvollstreckung	70
c) Zwischenergebnis	71
2) Haftung des Gesellschaftsvermögens der nicht vollkaufmännischen Schein-KG	71
a) in materiell-rechtlicher Hinsicht	71
aa) Fälle 1 und 3 bei Eintragung im Handelsregister	72
(1) Sinn und Zweck von § 5 HGB	72
(2) Voraussetzungen von § 5 HGB	74
(3) Anwendungsbereich von § 5 HGB	78
bb) Fälle 2 und 4 ohne Eintragung im Handelsregister	84
b) im Verfahrensrecht	86



	<u>Seite</u>
aa) Fälle 1 und 3 bei Eintragung im Handelsregister	86
bb) Fälle 2 und 4 ohne Eintragung im Handelsregister	87
II. <u>Sonstige Auswirkungen der Rechtsformänderung bzw. Typenverfehlung auf die Rechtsstellung der Gesellschaft</u>	94
1) § 4 Abs. 1 HGB	95
a) Fälle 1 und 3 bei Eintragung im Handelsregister	95
aa) Firmierungsrecht (§§ 17 - 37 HGB)	95
bb) Buchführung (§§ 38 - 47b HGB)	96
cc) Prokura (§§ 48 - 53 HGB)	97
b) Fälle 2 und 4 ohne Eintragung im Handelsregister	97
2) Sondervorschriften außerhalb des HGB	98
a) § 24 Satz 1, Ziff. 1 AGBG und §§ 15 Abs. 3, 17 DepotG	98
b) § 8 AbzG und § 109 Abs. 1 GVG	99
c) §§ 29 Abs. 2, 38 Abs. 1 und 1027 Abs. 2 ZPO	99
d) § 53 Abs. 1 BörsG	100
3) Bußgeldverfahren	101
4) Mitgliedschaften in anderen Gesellschaften	101
Ergebnis zu TEIL II	104

TEIL III:	<u>RECHTSSTELLUNG DER GESELLSCHAFT-</u>	105
	<u>TER DER NICHT VOLLKAUFMÄNNISCHEN</u>	
	<u>SCHEIN-KG</u>	
§ 6	HAFTUNG DER GESELLSCHAFTER DER NICHT VOLLKAUF-	105
	MÄNNISCHEN SCHEIN-KG FÜR GESELLSCHAFTSVERBIND-	
	LICHKEITEN MIT IHREM PRIVATVERMÖGEN	
I.	<u>Vergleich der Haftung der Gesellschafter in</u>	105
	<u>KG und GbR für Gesellschaftsverbindlichkeiten</u>	
	<u>mit ihrem Privatvermögen</u>	
1)	Haftung des Komplementärs	106
2)	Haftung des Kommanditisten	106
a)	Haftungsbegrenzung gem. §§ 171, 172 HGB	107
b)	unbeschränkte Haftung gem. § 176 Abs. 1 HGB	107
aa)	Voraussetzungen von § 176 Abs. 1 HGB	108
bb)	Anwendungsbereich von § 176 Abs. 1 HGB	109
3)	Haftung der GbR-Gesellschafter	116
a)	"Theorie der Doppelverpflichtung" und	116
	"Akzessorietätstheorie"	
b)	Haftung der GbR-Gesellschafter auf der	121
	Grundlage der "Theorie der Doppelver-	
	pflchtung"	
aa)	rechtsgeschäftlich begründete Ver-	121
	bindlichkeiten	
bb)	rechtsgeschäftsähnlich begründete	123
	Verbindlichkeiten	
cc)	bereicherungsrechtliche Verbindlich-	126
	keiten	

	<u>Seite</u>
dd) Verbindlichkeiten aus unerlaubter Handlung	131
ee) sonstige Gesamthandsverbindlichkeiten	132
ff) Prozeß und Zwangsvollstreckung	132
4) Zwischenergebnis	135
II. <u>Haftung des Schein-Komplementärs für Gesellschaftsverbindlichkeiten mit seinem Privatvermögen</u>	137
1) Fälle 1 und 3 bei Eintragung im Handelsregister	137
a) über § 5 HGB gilt weiterhin KG-Recht	137
b) Haftung für alle privatrechtlichen Gesellschaftsverbindlichkeiten	138
c) auch im Verfahrensrecht gilt über § 5 HGB KG-Recht	138
2) Fälle 2 und 4 ohne Eintragung im Handelsregister	138
a) bei Kenntnis des Gläubigers von der wirklichen Rechtsform der Gesellschaft	139
b) bei Nichtkenntnis des Gläubigers, der die Gesellschaft als KG beurteilt	140
c) im Verfahrensrecht	144
3) Zwischenergebnis	145

	<u>Seite</u>
III. <u>Haftung des Schein-Kommanditisten für</u> <u>Gesellschaftsverbindlichkeiten mit seinem</u> <u>Privatvermögen</u>	146
1) Fälle 1 und 3 bei Eintragung im Handelsregister	146
a) über § 5 HGB gilt weiterhin KG-Recht	146
b) Haftung für alle privatrechtlichen Gesellschaftsverbindlichkeiten	147
c) auch im Verfahrensrecht gilt über § 5 HGB KG-Recht	147
2) Fälle 2 und 4 ohne Eintragung im Handelsregister	148
a) bei Kenntnis des Gläubigers von der wirklichen Rechtsform der Gesellschaft	148
aa) Haftung nur für rechtsgeschäftlich und rechtsgeschäftsähnlich begründe- te Gesellschaftsverbindlichkeiten	148
bb) Gläubiger kennt "Kommanditisten"	149
cc) Gläubiger kennt "Kommanditisten" nicht	151
b) bei Nichtkenntnis des Gläubigers, der die Gesellschaft als KG beurteilt	153
aa) Haftung nur für rechtsgeschäftlich und rechtsgeschäftsähnlich begründe- te Gesellschaftsverbindlichkeiten	154
bb) Gläubiger kennt "Kommanditisten" nicht	154
cc) Gläubiger kennt "Kommanditisten"	160
c) im Verfahrensrecht	160

	<u>Seite</u>
3) Zwischenergebnis	160
IV. <u>Ergebnis zu § 6</u>	161
§ 7 GESCHÄFTSFÜHRUNGS- UND VERTRETUNGSBEFUGNISSE DER GESELLSCHAFTER DER NICHT VOLLKAUFMÄNNI- SCHEN SCHEIN-KG	163
I. <u>Vergleich der Geschäftsführungs- und Ver- tretungsbefugnisse in KG und GbR</u>	163
1) Geschäftsführung und Vertretung in der KG	163
2) Geschäftsführung und Vertretung in der GbR	164
II. <u>Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse der Gesellschafter nach Entstehung der nicht vollkaufmännischen Schein-KG</u>	164
1) Fälle 1 und 3 bei Eintragung im Handels- register	165
2) Fälle 2 und 4 ohne Eintragung im Handels- register	167
a) bei ausdrücklicher Regelung der Geschäfts- führungs- und Vertretungsbefugnisse im Gesellschaftsvertrag	167
aa) Meinung von Beyerle und Kornblum (automatische Geltung von GbR-Recht)	167
bb) Meinung des BGH (Fortgeltung der bisherigen Regelungen)	169

	<u>Seite</u>
cc) Stellungnahme	171
b) bei Geltung der gesetzlichen Regelungen der Geschäftsführungs- und Vertretungs- befugnisse	173
aa) dispositives Gesetzesrecht und ergänzende Vertragsauslegung	173
bb) ergänzende Vertragsauslegung führt zur Fortgeltung des KG-Rechts	175
III. <u>Ergebnis zu § 7</u>	177
§ 8 AUSBLICK AUF DIE SITUATION NACH ENTDECKUNG DER WIRKLICHEN RECHTSFORM DER GESELLSCHAFT	178
I. <u>Haftung der Gesellschafter für Gesellschafts- verbindlichkeiten mit ihrem Privatvermögen</u>	178
1) In den Fällen 2 und 4	178
a) Haftung nach GbR-Recht	178
b) Haftungsbeschränkung für die geplanten "Kommanditisten"	178
2) In den Fällen 1 und 3	179
II. <u>Innenverhältnis der Gesellschafter</u>	180
1) Grundsätzlich Fortgeltung der bisherigen Regelungen	180
2) Fall 4: "Typenverfehlung" als Rechtsfol- genirrtum	180

	<u>Seite</u>
3) Fälle 1 bis 3: Konsequenzen aus dem erhöhten Haftungsrisiko für den ehemaligen "Kommanditisten"	183
a) Meinungsstand	183
b) Stellungnahme	184
III. <u>Ergebnis zu § 8</u>	187
Ergebnis zu TEIL III	188
§ 9 ZUSAMMENFASSUNG	189

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

bzgl.	bezüglich
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht, Jahrgang, Seite
Fußn.	Fußnote
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
insbes.	insbesondere
MilRegG	Gesetz der Militärregierung
Nieders Rpflg	Niedersächsischer Rechtspfleger, Jahrgang, Seite
Rdn.	Randnummer
sogen.	sogenannte (r, s)
Vorbem.	Vorbemerkungen
Ziff.	Ziffer

Im übrigen wird verwiesen auf:

- 1.) Kirchner, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 3. Auflg., Berlin 1983;
- 2.) Duden, Rechtschreibung der deutschen Sprache und der Fremdwörter, 19. Auflg., Mannheim, Wien, Zürich 1987.

LITERATURVERZEICHNIS

- Bandasch, Georg Gemeinschaftskommentar zum
Handelsgesetzbuch, 3. Auflg.,
Darmstadt 1980 (zitiert:
Bandasch-Verfasser).
- Barella, Max Durchbrechung der Haftungsbe-
schränkung des Kommanditisten,
BB 1952, 465.
- Battes, Robert Rechtsformautomatik oder Willens-
herrschaft, AcP 174, 429 - 463.
- Baumbach/Duden/Hopt Handelsgesetzbuch, 27. Aufl.,
München 1987
- Baumbach/Lauterbach Zivilprozeßordnung mit Gerichts-
verfassungsgesetz und anderen
Nebengesetzen, 46. Auflg.,
München 1988 (zitiert: Baum-
bach/Lauterbach-Verfasser, ZPO).
- Berg, Hans Hauptprobleme bei den Personen-
gesellschaften des Handelsrechts,
JuS 1974, 685 - 693.
- Beuthien, Volker Die Haftung von Personengesell-
schaften, DB 1975, 725 - 730
und 773 - 776.
- Beyerle, Konrad Gesetzliche Umwandlung einer
OHG und KG in eine Gesellschaft
bürgerlichen Rechts, NJW 1972,
229 - 232.
- ders. Unbeschränkte Haftung des Kom-
manditisten gemäß § 176, Abs. 1,
S. 1 HGB, BB 1973, 557 - 561.

- ders. Herrschaftsbefugnisse in der fehlgeschlagenen Kommanditgesellschaft, BB 1973, 1376 - 1381
- ders. Rechtsschein zu Lasten des Verkehrs durch unberechtigte Firmenführung?, BB 1975, 944 - 948
- ders. Der unbeschränkt haftende Kommanditist, Ein Beitrag zur Rechtsposition des nicht eingetragenen Kommanditisten, Köln/Bonn/Berlin/München 1976 (zitiert: Beyerle, Kommanditist).
- Binz, Karlheinz Haftungsverhältnisse bei werbender Tätigkeit der Vor-GmbH & Co KG, GmbH-Rdsch. 1976, 29 - 36.
- Blomeyer, Jürgen Die Rechtsnatur der Gesamthand, JR 1971, 397 - 403.
- Brandmüller, Gerhard Betreibt ein Besitzunternehmen noch ein Handelsgewerbe?, DB 1976, 641 - 643.
- Brehm, Wolfgang Die Haftung des Vermögens einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts für private Schulden der Gesellschafter, KTS 1983, 21 - 35.
- Brox, Hans Handelsrecht und Wertpapierrecht 5. Aufl., München 1985.
- Buchner, Herbert Zur rechtlichen Struktur der Personengesellschaften, AcP 169, 483 - 512.
- Bumiller/Winkler Freiwillige Gerichtsbarkeit, Kurzkommentar, 34. Aufl., München 1987.

- Canaris, Claus-Wilhelm Anmerkung zu BGH, NJW 1973,
1691 f, NJW 1974, 544 - 456.
- ders. Die Vertrauenshaftung im
Deutschen Privatrecht, München
1971 (zitiert: Canaris, Ver-
trauenshaftung).
- Capelle/Canaris Handelsrecht, 20. Auflg.,
München 1985.
- Crezelius, Georg Die Stellung des § 176 HGB im
Handels- und Gesellschaftsrecht,
BB 1983, 5 - 12
- ders. Kurzkommmentar zum Urteil des
BGH vom 25. Oktober 1984
- VII ZR 2/84 -, EWiR 1985,
81 - 82.
- Deubner, Karl Die aufgelöste Partei, JuS 1975,
653 - 655.
- Drischler, Karl Verfügung über die Führung und
Einrichtung des Handelsregisters,
4. Auflg., Regensburg 1975.
- Droste, Karl Eintragung von Gewerbetreibenden
in das Handelsregister, NJW
1961, 1607 - 1610.
- Düringer-Hachenburg Handelsgesetzbuch, II. Band/
2. Hälfte, 3. Auflg., Mannheim/
Berlin/Leipzig 1932 (zitiert:
Düringer-Hachenburg-Verfasser).
- Ehrenberg, Victor Handbuch des gesamten Handels-
rechts, 2. Band, Leipzig 1918.
- Eickmann, Dieter Vollstreckungstitel und Voll-
streckungsklausel gegen Per-
sonengesellschaften, Rpfleger
1970, 113 - 117.

- Eisenhardt, Ulrich Gesellschaftsrecht, 3. Auflg., München 1985.
- Engelhardt, Hanns Die Wirkung der Beendigung einer OHG, die Gesellschafterin einer anderen OHG ist, NJW 1962, 1489 - 1490.
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Auflg., Tübingen 1959 (zitiert: Enneccerus-Nipperdey, BGB-AT).
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 7. Auflg., Münster 1981 (zitiert: Erman-Verfasser).
- Ernst, Lieselotte Schuld und Haftung bei der BGB-Gesellschaft, Diss. Heidelberg 1973.
- Fabricius, Fritz Grundbegriffe des Handels- und Gesellschaftsrechts, 2. Auflg., Stuttgart 1973.
- Fischer, Gerfried Rechtsscheinhaftung bei nicht eingetragener KG, NJW 1974, 2188 - 2190.
- Fischer, Lutz Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Bielefeld 1977 (zitiert: Fischer, GbR).
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, Erster Teil, Die Personengesellschaft, Berlin/Heidelberg/New York 1977 (zitiert: Flume, Personengesellschaft).

- ders. Schuld und Haftung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag, Karlsruhe 1974, 119 - 144.
- Frey, Gerhard Die Beteiligung der Industrie- und Handelskammern bei Eintragungen in das Handelsregister, BB 1965, 1208 - 1210.
- Geigel Der Haftpflichtprozeß, 19. Auflg., München 1986 (zitiert: Geigel-Verfasser).
- George, Heinz Kaufmann und Handelsregister, BB 1959, 255 - 256.
- ders. Kaufmannseigenschaft von Handwerkern, NWB 1979, 771 - 774.
- Gierke-Sandrock Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 1, 9. Auflg., Berlin/New York 1975.
- Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, begründet von Hermann Staub, weitergeführt von den Mitgliedern des Reichsgerichts;
4. Auflage, 1. Lieferung, Einleitung, §§ 1 - 16, Berlin/New York 1983;
3. Auflage, 2. Band, 1. Halbband, §§ 105 - 144, Berlin/New York 1973;
3. Auflage, 2. Band, 2. Halbband, §§ 145 - 177 sowie 335 - 342, Berlin 1970;
(zitiert: GroßKo-Verfasser).

- Großkommentar
der Mitglieder des Reichsgerichts zum BGB, Band II, 4. Teil, 12. Auflg., Berlin/New York 1978 (zitiert: BGB-RGRK-Verfasser).
- Hahn-Mugdan
Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 6. Band, Materialien zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1897 (zitiert: Hahn-Mugdan).
- Harms, Wolfgang
Wiederholungs- und Vertiefungskurs, Handelsrecht, 3. Auflg., München 1983.
- Heymann-Kötter
Handelsgesetzbuch, 21. Auflg., Berlin/New York 1971.
- Hofmann, Paul
Handelsrecht, 6. Auflg., Frankfurt a.M. 1987.
- ders.
Unbeschränkte Kommanditistenhaftung und gesetzliche Wertung, NJW 1969, 577 - 581.
- Hoffmann, Hans-Joachim
Gesamthandsverpflichtungen bei der BGB-Gesellschaft ohne gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter, NJW 1969, 724 - 728.
- Hohner, Georg
Zur Beteiligung von Personengesellschaften an Gesellschaften, NJW 1974, 718 - 720.
- Hommelhoff, Peter
Anmerkung zu BGH, JR 1979, 504, in JR 1979, 505 - 506.
- Hopt/Hehl
Gesellschaftsrecht, 2. Auflg., München 1982.

- Huber, Ulrich Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, Heidelberg 1970.
- ders. Haftungsprobleme der GmbH & Co KG im Gründungsstadium, in Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag, München 1976, 127 - 158.
- Hueck, Alfred Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Auflg., Berlin/New York 1971 (zitiert: Hueck, OHG).
- Hueck, Götz Gesellschaftsrecht, 18. Auflg., München 1983 (zitiert: Hueck, Gesellschaftsrecht).
- Jansen, Paul Großkommentar der Praxis zum FGG, 2. Band, §§ 35 - 166 FGG, 2. Auflg., Berlin 1970 (zitiert: Jansen, FGG).
- Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Auflg., München 1987 (zitiert: Jauernig-Verfasser).
- Klamroth, Sabine Beteiligung einer BGB-Gesellschaft an einer Personenhandelsgesellschaft, BB 1983, 796 - 803.
- Klauss/Lange Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 3. Auflg., Stuttgart 1981.
- Knobbe-Keuk, Brigitte Die unbeschränkte Kommanditistenhaftung nach § 176 HGB - Schein und Wirklichkeit -, in Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag, Berlin/New York 1985, 187 - 203.

Kollhosser, Helmut

Zustimmungspflicht zur Abänderung von Gesellschaftsverträgen bei Personenhandelsgesellschaften?, in Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag, Karlsruhe 1974, 275 - 290.

ders.

Besprechung der Entscheidung BGHZ 61, 59, ZGR 1976, 231 - 239.

Kornblum, Udo

Die Rechtsstellung der BGB-Gesellschaft und ihrer Gesellschafter im Zivilprozeß - Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung -, BB 1970, 1445 - 1454.

ders.

Die Auswirkungen der "gesetzlichen" Umwandlung einer Kommanditgesellschaft in eine BGB-Gesellschaft auf die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse der Gesellschafter, BB 1972, 1032 - 1036.

ders.

Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Personengesellschaften, Frankfurt a.M. 1972 (zitiert: Kornblum, Haftung der Gesellschafter).

Krauth, Heinz-Jürgen

Eintragung von Gewerbetreibenden in das Handelsregister, NJW 1961, 13 - 14.

Kugel, Dieter

Die Entwicklung des Kaufmannsbegriffs in § 2 und § 4 HGB unter besonderer Berücksichtigung der Gutachten der IHK München, Diss. München 1964.

- Larenz, Karl Allgemeiner Teil des Deutschen
 Bürgerlichen Rechts, 6. Auflg.,
 München 1983 (zitiert: Larenz,
 AT).
- ders. Lehrbuch des Schuldrechts,
 2. Band, Besonderer Teil,
 12. Aufl., München 1981
 (zitiert: Larenz, SchuldR-BT).
- ders. Methodenlehre der Rechtswissen-
 schaft, 5. Auflg., Berlin 1983
 (zitiert: Larenz, Methoden-
 lehre).
- Lemke, Horst Kaufmann und Handelsregister,
 BB 1959, 692.
- Lieb, Manfred Die Ehegattenmitarbeit im
 Spannungsfeld zwischen Rechts-
 geschäft, Bereicherungsaus-
 gleich und gesetzlichem Güter-
 stand, Tübingen 1970 (zitiert:
 Lieb, Ehegattenmitarbeit).
- ders. Der unbeschränkt haftende Kom-
 manditist, ZHR 141, 374 - 379.
- Limbach, Jutta Die Haftung des Kommanditisten
 einer GmbH & Co KG vor Eintra-
 gung, GmbH-Rdsch. 1967, 165 - 167.
- dies. Die Lehre vom Scheinkaufmann,
 ZHR 134, 289 - 321.
- Lindacher, Walter Grundfälle zur Haftung bei
 Personengesellschaften,
 JuS 1981, 818 - 823.

- Lipp, Martin Zwischen Gesamthand und Gesamtschuld, Zur persönlichen Haftung des Gesellschafters einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft, BB 1982, 74 - 79.
- Medicus, Dieter Bürgerliches Recht, 13. Auflg., Köln 1987.
- Meier, Gert Der Lebensmittel-Einzelhändler als Vollkaufmann, DB 1977, 2315 - 2316.
- Meincke, Jens Peter Zur Bereicherungshaftung von BGB-Gesellschaftern, DB 1974, 1001 - 1004.
- Meinert, Hermann Anmerkung zum Urteil des OLG Hamburg vom 25.2.1983, DB 1984, 17.
- Münchener Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 2. Halbband, Schuldrecht, Besonderer Teil, 2. Auflg., München 1986 (zitiert: MünchKomm-Verfasser).
- Müthling/Fock Gewerbesteuergegesetz, 2. Auflg., 18. Ergänzungslieferung, München 1983.
- Neumann-Duesberg Die Außenhaftung des Kommanditisten, DB 1965, 769 - 771.
- Nicknig, Paul-Georg Die Haftung der Mitglieder einer BGB-Gesellschaft für Gesellschaftsschulden, Köln 1972.
- Nitschke, Manfred Die Anwendbarkeit des in § 31 BGB enthaltenen Rechtsgedankens auf alle Unternehmensträger, NJW 1969, 1737 - 1742.

- Ostler/Weidner Abzahlungsgesetz, 6. Auflg.,
Berlin/New York 1971.
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch,
47. Auflg., München 1988
(zitiert: Palandt-Verfasser).
- Pick, Eckhart Die normierte atypische Kom-
manditgesellschaft - Bemerkun-
gen zur Wohnbesitz-KG im Rahmen
des Gesellschaftsrechts -,
ZGR 1978, 698 - 724.
- Priester, Hans-Joachim Unbeschränkte Kommanditisten-
haftung bei Firmenänderung,
BB 1980, 911 - 916.
- Raisch, Peter Vereinigungen zum Betrieb land-
wirtschaftlicher Unternehmen
auch in der Rechtsform der
Offenen Handelsgesellschaft
oder der Kommanditgesellschaft?,
BB 1969, 1361 - 1367.
- Reiff, Eduard Entziehung der Vertretungsbe-
fugnis des einzigen Komplemen-
tärs einer KG?, NJW 1964,
1940 - 1942.
- Reinelt, Ekkehart Darlegung und Nachweisung bei
der Prorogation im Säumnisver-
fahren nach § 331 Abs. 1 Satz 2
ZPO, NJW 1974, 2310 - 2313.
- Reinhardt/Schultz Gesellschaftsrecht, 2. Auflg.,
Tübingen 1981.
- Reinhardt, Rudolf Anmerkung zu BGH, JZ 1974, 766,
in JZ 1974, 768 - 770.

- Riegger, Bodo Zur Haftung des Kommanditi-
sten vor der Eintragung ins
Handelsregister, BB 1979,
1380 - 1382.
- Rössler/Troll/Langner Bewertungsgesetz und Vermögens-
gesetz, 13. Auflg.,
München 1983.
- Schlegelberger Handelsgesetzbuch, Band I,
München 1973; Band III, 2. Halb-
band, 5. Auflg., München 1986;
Band IV, 5. Auflg., München 1976
(zitiert: Schlegelberger-
Verfasser).
- Schmidt, Karsten Zur Stellung der OHG im System
der Handelsgesellschaften,
Bonn 1972 (zitiert: Schmidt,
OHG).
- ders. Gilt § 5 HGB im Unrechtsver-
kehr?, DB 1972, 959 - 962.
- ders. Haftungsprobleme der "bürger-
lichrechtlichen Kommanditge-
sellschaft", I, DB 1973,
653 - 657.
- ders. Geschäftsführungs- und Vertre-
tungsbefugnis der Gesellschaf-
ter bei gesetzlicher Umwandlung
einer Kommanditgesellschaft in
eine BGB-Gesellschaft, BB 1973,
1612 - 1614.
- ders. Neues zur Haftung der Schein-
KG und zur Kommanditistenhaf-
tung bei Sanierungsgründungen,
JZ 1974, 219 - 221.

- ders. Sein-Schein-Handelsregister,
JuS 1977, 209 - 217.
- ders. Handelsrecht, 3. Auflg.,
München 1987 (zitiert: Schmidt,
HandelsR).
- ders. Gesellschaftsrecht, München 1986
(zitiert: Schmidt, GesellschR).
- Schuler Die Firma im Prozeß und in der
Vollstreckung, NJW 1957,
1537 - 1541.
- Schumann, Hans Handelsrecht, Band I,
Wiesbaden 1954.
- Schwerdtner, Peter Zur Wechselrechtsfähigkeit
einer nicht eingetragenen Per-
sonengesellschaft mit baue-
werblichem Betrieb, JR 1973,
319 - 321.
- Sellert, Wolfgang Zur Anwendung der §§ 831, 31 BGB
auf die Gesellschaft bürgerli-
chen Rechts, AcP 175, 77 - 108.
- Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1,
Allgemeiner Teil, §§ 1 - 240,
11. Auflg., Stuttgart 1978;
Band 4, Schuldrecht III, §§ 705
- 853, 11. Auflg., Stuttgart
1985 (zitiert: Soergel-Verfasser).
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Ge-
setzbuch, Band I, Einleitung,
§§ 1 - 89, Verschollenheits-
gesetz, 12. Auflg., Berlin 1980;
Band II, 4. Teil, §§ 705 - 812,
11. Auflg., Berlin 1975
(zitiert: Staudinger-Verfasser).

- Stein-Jonas Zivilprozeßordnung, 4. Band,
Teilband 1, 20. Auflg.,
Tübingen 1986 (zitiert: Stein-
Jonas-Verfasser).
- Stimpel, Walter Aus der jüngeren Rechtsprechung
des BGH zum Gesellschaftsrecht,
ZGR 1973, 73 - 104.
- Sudhoff, Heinrich Die bürgerlich-rechtliche Ge-
sellschaft im Risikobereich,
DB 1979, 437 - 440.
- Teichmann/Schick Haftung bei einer als KG auf-
tretenden BGB-Gesellschaft
- Entscheidungsrezension zu
BGHZ 61, 59, in JuS 1975,
18 - 25.
- Thielmann, Georg Bereicherung des Gesellschafts-
vermögens und der Eigenvermö-
gen der Gesellschafter,
ZHR 136, 397 - 424.
- Thomas/Putzo ZPO und Nebengesetze, 15. Auflg
München 1987.
- Ulmer, Peter Vertretung und Haftung bei der
Gesellschaft bürgerlichen
Rechts, in Festschrift für
Robert Fischer, Berlin/New
York 1979, 785 - 808 (zitiert:
Ulmer, Festschrift Fischer).
- Vigener, Gerhard Die Kommanditgesellschaft vor
Eintragung, Diss. Tübingen 1978
- Weippert, Walter Die Umwandlung der offenen Han-
delsgesellschaft in die bürger-
lich-rechtliche Gesellschaft,
Diss. Würzburg 1966.

- Westermann, Harry
Personengesellschaftsrecht,
Studienausgabe zum Handbuch
der Personengesellschaften,
4. Auflg., Köln 1978 (zitiert:
Westermann, Handbuch).
- Wieczorek, Bernhard
ZPO und Nebengesetze, 4. Band,
2. Auflg., Berlin/New York 1981.
- Wiedemann, Herbert
Anmerkung zu BGHZ 74, 240,
in JZ 1980, 195 - 197.
- Wieland, Karl
Handelsrecht, I. Band,
München und Leipzig 1929.
- Wiesner, Georg
Haftungsordnung der BGB-Gesell-
schaft, JuS 1981, 331 - 336.
- Winter, Martin
Haftung des Gesamthandsvermö-
gens der Gesellschaft bürgerli-
chen Rechts für Gesellschafter-
schulden?, KTS 1983, 349 - 368.

§ 1

EINLEITUNG

Der Zweck einer KG ist gemäß § 161 Abs. 1 HGB auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet. Als ein solches Handelsgewerbe kommen zunächst die in § 1 Abs. 2 HGB aufgeführten sogenannten "Grundhandelsgewerbe" in Betracht, deren Betrieb gemäß § 4 Abs. 1 und 2 HGB einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb (= kaufmännische Einrichtung) erfordert. Als Handelsgewerbe gelten auch die in §§ 2, 3 HGB behandelten gewerblichen Unternehmen, sofern der Gewerbebetrieb eine kaufmännische Einrichtung erfordert und die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist. Daraus folgt zwangsläufig, daß der Zweck einer KG auf einen Gewerbebetrieb gerichtet ist, der nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, d.h. auf einen vollkaufmännischen Gewerbebetrieb.

Führt die Gesellschaft keinen vollkaufmännischen Gewerbebetrieb, fehlt eines der entscheidenden Merkmale einer KG. Nach herrschender Meinung soll es sich bei einer solchen Gesellschaft um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) handeln. Diese Auffassung, der sich der Verfasser im Ergebnis anschließt, soll insbesondere für den Fall, daß die Gesellschafter irrig von dem Bestand einer KG ausgehen, im folgenden kritisch überprüft werden.

Schließen die Gesellschafter einen KG-Vertrag und tritt die Gesellschaft Dritten gegenüber als KG in Er-

scheinung - sei es wegen einer im Handelsregister eingetragenen KG-Firma, sei es, weil die Gesellschafter im Geschäftsverkehr unter einer KG-Firma auftreten, u.s.w. -, erfordert der Geschäftsbetrieb objektiv jedoch keine kaufmännische Einrichtung, soll im folgenden von einer nicht vollkaufmännischen Schein-KG die Rede sein. Da - wie die späteren Ausführungen noch zeigen werden - die Frage nach der Erforderlichkeit eines kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetriebes generell überhaupt nicht und auch im Einzelfall häufig nur schwer zu beantworten ist, können die Gesellschafter leicht einem Irrtum über die Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung unterliegen und deshalb ihre Gesellschaft irrtümlich für eine KG halten. Demzufolge kann auch sehr schnell eine nicht vollkaufmännische Schein-KG entstehen, wenn nämlich die Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung bereits bei der Geschäftsaufnahme fehlt oder später infolge einer Schrumpfung des Gewerbebetriebes entfällt und die Gesellschafter das nicht erkennen. Ausschließlich diese Fälle, in denen die Gesellschafter die von vornherein fehlende oder später entfallene Notwendigkeit eines kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetriebes nicht erkannt haben und deshalb (weiterhin) irrig von dem (Fort-) Bestand einer KG ausgehen, sind Gegenstand der folgenden Ausführungen.

Dieser Irrtum, dem die Gesellschafter sehr leicht unterliegen können, führt dazu, daß sie mögliche ganz erhebliche Veränderungen ihrer eigenen Rechtsstellung nicht erkennen, da sie sich irrtümlich für Gesellschafter einer KG halten. Das gilt insbesondere für den "Kommanditisten" im Falle des späteren unbemerkten Wegfalls der Erforder-

lichkeit einer kaufmännischen Einrichtung und der damit verbundenen Umwandlung der KG zur GbR. Während der Kommanditist in der KG - in der gesetzlich vorgesehenen Form - von der Geschäftsführung (§ 164 HGB) und der Vertretung (§ 170 HGB) der Gesellschaft ausgeschlossen ist, dafür aber den Gesellschaftsgläubigern allenfalls "bis zur Höhe seiner Einlage" haftet (§ 171 Abs. 1 HGB), steht dem Gesellschafter einer GbR - in der gesetzlich vorgesehenen Form - mit den anderen Gesellschaftern Gesamtgeschäftsführungs- sowie Gesamtvertretungsbefugnis zu (§§ 709, 714 BGB), eine gesetzliche Haftungsbeschränkung wie § 171 Abs. 1 HGB ist für die GbR-Gesellschaft jedoch nicht vorgesehen.

Nach Auffassung der Rechtsprechung ¹⁾ soll sich trotz der erheblichen Unterschiede zwischen KG und GbR in der jeweils gesetzlich vorgesehenen Form die Umwandlung auf die Rechtsstellung der Gesellschafter kaum verändernd auswirken, da im Regelfall die für die KG von den Gesellschaftern vorgesehene Geschäftsführungs- und Vertretungsregelung auch weiterhin in der GbR - die §§ 709, 714 BGB sind dispositiv - Geltung habe.

Kornblum ²⁾ und Beyerle ³⁾ hingegen sehen im Falle der Umwandlung der KG zur GbR so gravierende Veränderungen für die ehemaligen "Kommanditisten", daß sie ihnen mit der Umwandlung automatisch die gesetzlich für die GbR vorgesehene Gesamtgeschäftsführungs- und Gesamtvertretungsbefugnis zubilligen.

Dieser Meinungsstreit beruht hauptsächlich auf einer ganz

1) BGH, NJW 1971, 1698 ff; BB 1972, 61 ff.

2) BB 1972, 1032 ff.

3) NJW 1972, 229 ff.

unterschiedlichen Beurteilung der Haftungsrisiken für den ehemaligen "Kommanditisten" nach der Umwandlung der Gesellschaft.

Der Versuch einer Lösung dieses bis heute nicht geklärten Meinungsstreits ist das Hauptanliegen dieser Arbeit. Dabei sollen ein detaillierter Vergleich der Haftung des Gesellschaftsvermögens und der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten mit ihren Privatvermögen in KG und GbR sowie eine Untersuchung der Haftungssituation der Gesellschafter der vorerwähnten nicht vollkaufmännischen Schein-KG im Mittelpunkt stehen.

T E I L I

FÄLLE DER UNBEMERKTEN ENTSTEHUNG EINER
NICHT VOLLKAUFMÄNNISCHEN SCHEIN-KG

§ 2

ABSINKEN AUF DAS NIVEAU EINES KLEINGE-
WERBES NACH ENTSTEHUNG DER KG

I.

Voraussetzungen für die Entstehung einer KG

1) Die Entstehung einer KG ⁴⁾ setzt zunächst den wirksamen Abschluß eines KG-Vertrages zwischen den Gesellschaftern voraus. Dieser Vertrag muß den Mindestvoraussetzungen der §§ 161 Abs. 1 und 2, 105 Abs. 2 HGB, 705 BGB entsprechen.

a) Danach ist unbedingt erforderlich, den gemeinsam von den Gesellschaftern zu verfolgenden Zweck festzulegen. Bei einer KG muß dieser Zweck in dem gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes ⁵⁾ unter gemeinschaftlicher

4) Hier ist die Entstehung im Außenverhältnis gemeint; teilweise wird insoweit von "Wirk-samwerden nach außen" gesprochen (GroßKo-Schilling, § 161, Anm. 39); Westermann (Handbuch, Rdn. 819) versteht unter Ent-stehung immer Entstehung im Außenverhältnis, da er eine schon vorher stattfindende Ent-stehung einer KG im Innenverhältnis ablehnt.

5) Vgl. oben § 1, S. 1.

Firma bestehen. Dieser bezweckte Gewerbebetrieb muß einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb ⁶⁾ erfordern (§ 4 Abs. 1 und 2 HGB).

b) Der Gesellschaftsvertrag muß weiterhin die Pflicht für die Gesellschafter festlegen, die Erreichung des gemeinsamen Zwecks zu fördern, insbesondere die dafür vereinbarten Beiträge zu leisten.

c) Als spezifische Besonderheit der KG müssen schließlich nach § 161 Abs. 1 HGB noch bestimmte Vereinbarungen hinsichtlich der Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten mit ihrem Privatvermögen getroffen werden. Die Haftung mindestens eines Gesellschafters ist zu beschränken (Kommanditist) - wobei die Beschränkung genau festgelegt werden muß (Haftsummenfestsetzung) -, während die Haftung mindestens eines anderen Gesellschafters wie in einer OHG unbeschränkt bleiben muß (Komplementär).

2) Weitere Voraussetzung für die Entstehung einer KG ist deren Wirksamwerden gemäß §§ 161 Abs. 2, 123 HGB.

a) Die KG wird spätestens mit dem Zeitpunkt, in dem sie in das Handelsregister eingetragen wird, im Verhältnis zu Dritten wirksam (§ 123 Abs. 1 HGB) und ist damit, wenn auch die vorher aufgeführten Entstehungsvoraussetzungen erfüllt sind, als KG entstanden.

6) Vgl. unten II., 1, a.

Sofern von der Gesellschaft ein unter §§ 2 Satz 1, 3 Abs. 2, Satz 1 HGB fallendes Gewerbe betrieben werden soll, ist die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister notwendige oder auch konstitutive Entstehungsvoraussetzung. Ein früheres Wirksamwerden - etwa im Zeitpunkt des Geschäftsbeginns - und damit die Entstehung einer KG ohne Eintragung im Handelsregister ist in einem solchen Fall nicht möglich (§ 123 Abs. 2 a.E. HGB). Zwingendes Wesensmerkmal einer KG ist nämlich der Betrieb eines Handelsgewerbes. Als Handelsgewerbe gelten die in §§ 2 Satz 1, 3 Abs. 2, Satz 1 HGB aufgeführten Gewerbe jedoch erst mit der Eintragung im Handelsregister.

b) Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Grundhandelsgewerbes im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB gerichtet ist, kann auch ohne Handelsregistereintragung bereits bei Geschäftsbeginn gemäß § 123 Abs. 2 HGB als KG wirksam werden und entstehen.

aa) Der Begriff des Geschäftsbeginns im Sinne des § 123 Abs. 2 HGB wird allgemein weit ausgelegt ⁷⁾. Es genügt, wenn die Gesellschaft Dritten gegenüber in irgendeiner Weise handelnd auftritt ⁸⁾. Dabei müssen keineswegs Geschäfte getätigt werden, die bereits das nach dem Gesellschaftsvertrag vorgesehene Gewerbe ausmachen. Es genügen vielmehr schon dem Gesellschaftszweck

7) Hueck, OHG, § 5, II, 2, S. 44 folgert die weite Auslegung aus dem Zweck des § 123 Abs. 2 HGB, die Verkehrssicherheit zu schützen.

8) Hueck, OHG, a.a.O; ähnlich auch Baumbach-Duden-Hopt, § 123, Bem. 4, C.

dienende Vorbereitungsgeschäfte wie z.B. Anmietung von Geschäftsräumen, Anstellung von Personal, Versendung von Warenproben und Preislisten, Eröffnung eines Bankkontos u.s.w. ⁹⁾.

Voraussetzung ist allerdings, daß bei diesen Handlungen die KG nach außen in Erscheinung tritt. Der oder die für die KG tätigen Gesellschafter müssen also erkennbar im Namen der Gesellschaft handeln, was meistens durch den Gebrauch der KG-Firma geschieht ¹⁰⁾.

bb) Für das Wirksamwerden einer KG gemäß § 123 Abs. 2 HGB durch Geschäftsbeginn ist nicht erforderlich, daß bereits zu diesem Zeitpunkt das Grundhandelsgewerbe im vollkaufmännischen Umfang betrieben wird (§ 4 Abs. 2 HGB). Es genügt vielmehr, wenn die alsbaldige Entfaltung zu einem vollkaufmännischen Geschäftsbetrieb bevorsteht ¹¹⁾. Ein in der Entwicklung befindlicher Betrieb wird bereits als vollkaufmännisch angesehen, wenn das Unternehmen von vornherein auf einen vollkaufmännischen Umfang angelegt ist und "genügend zuverlässige Anhaltspunkte dafür gegeben sind, daß das Unternehmen eine entsprechende Ausgestaltung und Einrichtung in Kürze erfah-

9) Westermann, Handbuch, Rdn. 823/103;
GroßKo-Fischer, § 123, Anm. 12.

10) So die herrschende Meinung, vgl. GroßKo-Fischer, § 123, Anm. 10 mit weiteren Nachweisen; a.A. Weiland, I, § 43 Abs. 2, S. 1, S. 529, der es genügen läßt, wenn ein Gesellschafter für Rechnung der Gesellschaft, aber im eigenen Namen tätig wird. Dagegen spricht, daß in einem solchen Fall die Existenz einer KG für den Rechtsverkehr gar nicht erkennbar ist.

11) BGHZ 10, 91 (96).

ren wird ¹²⁾. Bei der Beurteilung dieser Voraussetzungen ist allerdings nicht von der persönlichen Einschätzung und Erwartung der Gesellschafter auszugehen, sondern allein eine objektive Bewertung maßgebend ¹³⁾.

cc) Eine weitere Voraussetzung für das Wirksamwerden gemäß § 123 Abs. 2 HGB wird darin gesehen, daß alle Gesellschafter dem Geschäftsbeginn zugestimmt haben müssen, wobei auch eine stillschweigende Zustimmung genügen soll ¹⁴⁾. Diese Auffassung wird allerdings ausdrücklich nur für das Wirksamwerden einer OHG vertreten, dann aber wegen § 161 Abs. 2 HGB ohne nähere Nachprüfung für die KG übernommen. Richtig dürfte die Gegenauffassung sein, die für ein Wirksamwerden gemäß § 123 Abs. 2 HGB die Zustimmung der Komplementäre zu dem Geschäftsbeginn genügen läßt ¹⁵⁾. Da der Geschäftsbeginn wohl über den in § 116 Abs. 1 HGB festgelegten Umfang der Geschäftsführungsbefugnis hinausgeht, kann die Begründung von Vigener ¹⁶⁾, der auf die allein den Komplementären zustehende Geschäftsführungsbefugnis (§ 164 HGB) abstellt, allerdings kaum überzeugen. Eine Begründung läßt sich vielmehr unmittelbar aus § 176 Abs. 1 HGB herleiten. Da diese Vorschrift die persönliche Haftung des

12) BGHZ 10, 91 (96).

13) BGHZ 32, 307 (311); Beyerle, Kommanditist, S. 55.

14) Schlegelberger-Geßler, § 123, Anm. 4;
Baumbach-Duden-Hopt, § 123, Bem. 4, E;
GroßKo-Fischer, § 123, Anm. 10.

15) Heymann-Kötter, § 176, Anm. 1 und 2;
Vigener, S. 35.

16) S. 35.

Kommanditisten für die bis zur Handelsregistereintragung begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber Dritten regelt, setzt sie zwangsläufig voraus, daß eine Gesellschaft im Außenverhältnis entstanden ist, für die Verbindlichkeiten gegenüber Dritten begründet werden können. Auf dieser Grundlage bestimmt § 176 Abs. 1 HGB dann, ob der Kommanditist wegen seiner Zustimmung zum Geschäftsbeginn für die Gesellschaftsverbindlichkeit unbeschränkt mit seinem Privatvermögen mithaftet oder ob er mangels einer solchen Zustimmung zumindest beschränkt mithaftet ¹⁷⁾. Der Zustimmung des Kommanditisten zum Geschäftsbeginn der Gesellschaft kommt nach § 176 Abs. 1 HGB also nur hinsichtlich des Umfangs seiner persönlichen Haftung Bedeutung zu, nicht aber hinsichtlich des Wirksamwerdens der KG gemäß § 123 Abs. 2 HGB ¹⁸⁾.

Eine KG entsteht also im Außenverhältnis regelmäßig bei Eintragung der Firma in das Handelsregister. Sieht der Gesellschaftsvertrag den Betrieb eines Grundhandels-gewerbes im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB vor, kann eine KG auch schon vor Eintragung bei Geschäftsbeginn entstehen.

17) Die weitergehende Frage, ob der Kommanditist, der dem Geschäftsbeginn nicht zugestimmt hat, gar nicht mithaftet (so wohl GroßKo-Schilling, Anm. 10) oder nur in Höhe der im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Haftsumme oder in analoger Anwendung von § 173 HGB nach erteilter Zustimmung wie für "Altschulden" (so Heymann-Kötter, § 176, Anm. 1), soll hier nicht vertieft werden.

18) Heymann-Kötter, § 176, Anm. 2.

II.

Fälle des von den Gesellschaftern nicht
bemerkten Absinkens auf das Niveau eines
Kleingewerbes

Nachdem die KG entsprechend den vorstehenden Ausführungen entstanden ist, kann der von ihr betriebene Gewerbebetrieb dadurch, daß die Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung entfällt, auf das Niveau eines sogenannten Kleingewerbes absinken. Dadurch kann die Gesellschaft zu einer nicht vollkaufmännischen Schein-KG werden, wenn die Gesellschafter das Absinken nicht bemerken, deshalb irrig von dem Fortbestand einer KG ausgehen und so die Gesellschaft nach außen im Geschäftsverkehr weiterhin als KG in Erscheinung tritt ¹⁹⁾.

1) Die auf diese Weise sich vollziehende Entstehung einer nicht vollkaufmännischen Schein-KG setzt zunächst den Wegfall der Erforderlichkeit eines nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes voraus. Damit stellt sich die Frage, welcher Gewerbebetrieb einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb (noch) erfordert und welcher nicht (mehr). Mit der Beantwortung dieser Frage wird gleichzeitig die Grenze zwischen Vollkaufmann und Minderkaufmann gezogen.

a) Zunächst ist zu klären, was unter einem "in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb" oder kurz einer "kaufmännischen Einrichtung" zu ver-

19) Vgl. oben § 1.

stehen ist. Als "kaufmännische Einrichtung" wird, allgemein ausgedrückt, das angesehen, was das Kaufmannsgewerbe zur Erzielung von Ordnung und Übersicht im Betrieb herausgebildet hat, um alle bei dem Betrieb beteiligten Personen (Gläubiger, Kunden, Hilfskräfte, Unternehmer) vor Nachteilen zu schützen ²⁰⁾.

Wichtige Bestandteile einer solchen Einrichtung sind in den §§ 38 ff. HGB aufgeführt. Die "kaufmännische Einrichtung" wird insbesondere durch eine kaufmännische Buchführung (§ 38 HGB) gekennzeichnet ²¹⁾. Weitere typische Merkmale sind die regelmäßig wiederkehrende Aufstellung von Inventar und Bilanz, geordnete Aufbewahrung des geschäftlichen Schriftwechsels, geordnete Kas senführung, organisatorische Mittel, die die Teilnahme am Kredit- und Wechselverkehr ermöglichen, sowie genügendes kaufmännisches Hilfspersonal, dessen geordnete Beaufsichtigung sichergestellt ist ²²⁾.

b) Welcher Betrieb erfordert nun eine solche Einrichtung und welcher nicht?

aa) Das HGB macht die Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung von der "Art" (Qualitätserfordernis) und von dem "Umfang" (Quantitätserfordernis) des

20) BGH, BB 1960, 917; GroßKo-Brüggemann, § 2, Rdn. 8; Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 2, Rdn. 5.

21) BGH, a.a.O; Meier, DB 1977, 2315 (2316).

22) GroßKo-Brüggemann, § 2, Rdn. 9; Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 2, Rdn. 5; Brandmüller, BB 1976, 641 (642).

Gewerbebetriebes abhängig (§§ 2, 4 HGB).

Nach einhelliger Auffassung muß sich die Erforderlichkeit der kaufmännischen Einrichtung und damit das Überschreiten der Grenze zwischen dem Kleingewerbe und dem vollkaufmännischen Gewerbe sowohl aus der "Art" als auch aus dem "Umfang" des Gewerbebetriebes ergeben ²³⁾.

Lediglich George meint, angesichts der unterschiedlichen Formulierungen in § 2 (Art und Umfang) und § 4 (Art oder Umfang) HGB werde deutlich, daß es im Falle eines Gewerbebetriebes zu den in §§ 2, 3 HGB erwähnten Gewerbearten zur Erlangung der Voll-Kaufmannseigenschaft bereits genüge, wenn entweder die Art oder der Umfang des Gewerbebetriebes eine kaufmännische Einrichtung erfordere ²⁴⁾. George verkennt jedoch, daß der Gesetzgeber mit der unterschiedlichen Formulierung keine abweichende Regelung für die in § 1 Abs. 2 bzw. §§ 2, 3 HGB erwähnten Gewerbearten treffen wollte, sondern daß sich das "oder" statt "und" in § 4 Abs. 1 HGB allein aus der negativen Fassung dieser Vorschrift ergibt ²⁵⁾. In § 4 Abs. 1 HGB soll zum Ausdruck gebracht werden, daß sich die Entbehrlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung entweder aus der einfachen Art oder dem geringen Umfang des Gewerbebetriebes ergeben kann ²⁶⁾.

Bei der Prüfung, ob "Art" und "Umfang" des Betriebes

23) Z.B. KG, BB 1959, 1007; OLG Hamm, BB 1960, 917; Gierke-Sandrock, § 8, III, 3) S. 131; Bendasch-Nickel, § 2, Rdn. 5.

24) BB 1959, 255 und 692; auch Kugel, S. 29.

25) Lemke, BB 1959, 692; Krauth, NJW 1961, 13 (14); Droste, NJW 1961, 1607 (1609).

26) Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 4, Rdn. 4.

eine kaufmännische Einrichtung erfordern, wird der schon oben erläuterte Zweck einer solchen Einrichtung ²⁷⁾ sowie der Umstand, daß dem (Voll-)Kaufmann nach den §§ 38 ff. HGB die Pflicht zur Unterhaltung wesentlicher Bestandteile einer kaufmännischen Einrichtung auferlegt ist, als allgemeine Richtschnur angesehen ²⁸⁾. Diese dem (Voll-)Kaufmann auferlegten Pflichten sind statuiert insbesondere im Hinblick auf das Anliegen der Öffentlichkeit, vor den weitere Kreise treffenden Auswirkungen einer ungeordneten und undurchsichtigen Führung kaufmännischer Betriebe geschützt zu sein ²⁹⁾. Wenn die Öffentlichkeit durch die Art und Weise der Betriebsführung wegen der geringen Bedeutung und der leicht überschaubaren Tätigkeit des Unternehmens nicht nennenswert negativ berührt werden könnte, soll eine kaufmännische Einrichtung entbehrlich ³⁰⁾, im umgekehrten Fall erforderlich ³¹⁾ sein.

Diese Formel bietet zwar eine allgemeine Orientierungshilfe bei der Prüfung der Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung. Entscheidend kommt es jedoch auf eine Beurteilung der konkreten Merkmale, die die "Art" und den "Umfang" des Betriebes bestimmen, an. Unter "Art" des Unternehmens ist sowohl sein Gegenstand als auch die

27) Vgl. oben II, 1, a; Schaffung von Ordnung und Übersichtlichkeit im Betrieb.

28) GroßKo-Brüggemann, § 2, Rdn. 11.

29) OLG Celle, DB 1963, 166.

30) GroßKo-Brüggemann, § 4, Anm. 6.

31) GroßKo-Brüggemann, § 2, Anm. 9, 3. Auflage: wenn das Unternehmen "durch sein Wohl und Wehe mit dem Wohl und Wehe anderer wirtschaftender Unternehmen in unmittelbarer Wechselwirkung verflochten erscheint".

Art und Weise, in der es betrieben wird, zu verstehen, so daß zu prüfen ist, ob das Unternehmen nach der Natur der im Betrieb anfallenden Geschäfte und nach der Art ihrer Abwicklung eine kaufmännische Einrichtung benötigt³²⁾. Gekennzeichnet wird die "Art" eines Betriebes u.a. von der Anzahl der Geschäftsbeziehungen, der Größe des Lieferantenkreises, den Geschäftsverbindungen zu Banken - insbesondere im Wechsel- und Kreditverkehr -, der Größe des Warensortiments sowie durch Arbeitsteilung im kaufmännischen Bereich³³⁾. Der "Umfang" des Unternehmens wird nach einer Ansicht wesentlich durch den Umsatz³⁴⁾, nach anderer Auffassung wesentlich durch interne Faktoren, z.B. die Größe der Belegschaft³⁵⁾ bestimmt. Zu beachten sind auch der Umfang des Anlage- und Betriebskapitals, die Größe der Betriebsausgaben, Größe und Anzahl der Betriebsräume sowie Anzahl und Wert verwendeter Maschinen. Unwidersprochen geht die Rechtsprechung bei der Beurteilung dieser Merkmale davon aus, daß nicht etwa jedes einzelne schon für sich das Erfordernis einer kaufmännischen Einrichtung ergeben muß, sondern daß das Gesamtbild sämtlicher Merkmale maßgeblich ist³⁶⁾.

32) Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 2, Rdn. 3.

33) Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 2, Rdn. 6; GroßKo-Brüggemann, § 2, Rdn. 8, 9; Weippert, S. 40/41.

34) GroßKo-Brüggemann, § 4, Rdn. 9; Droste, NJW 1961, 1607 (1609).

35) Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 2, Rdn. 4.

36) Grundlegend BGH, BB 1960, 917; LG Heidelberg, BB 1982, 142; OLG Frankfurt, BB 1983, 335; BayObLG, DB 1985, 271; dem folgend Baumbach-Duden-Hopt, § 2, Bem. 2).

Welches Gewicht die beiden Bestandteile "Art" und "Umfang" jeweils im Rahmen dieser Gesamtbetrachtung einnehmen und ob sie zunächst getrennt oder aber überhaupt nicht gesondert überprüft werden sollten, wird in der Literatur völlig unterschiedlich beurteilt. George ³⁷⁾ hält eine in jedem Fall getrennte Prüfung von "Art" und "Umfang" für erforderlich, gibt aber zu, daß sich beide Merkmale in der Praxis nicht so einfach voneinander abgrenzen lassen. Diese Ansicht ist wohl darauf zurückzuführen, daß George zu Unrecht im Falle der Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB davon ausgeht, zur Erreichung des vollkaufmännischen Niveaus genüge es bereits, wenn entweder die "Art" oder der "Umfang" eine kaufmännische Einrichtung erfordern ³⁸⁾. Im übrigen wird die Betriebsweise eines Unternehmens z.B. wesentlich auch durch die Anzahl der Geschäftsvorfälle, umgekehrt der Umsatz z.B. auch durch den Gegenstand des Unternehmens bestimmt. Beide Bestandteile können also kaum voneinander getrennt beurteilt werden, da sie sich untereinander bedingen und beeinflussen ³⁹⁾. Aus diesem Grunde praktiziert die Rechtsprechung auch zutreffend eine Gesamtbeurteilung aller Merkmale, die die "Art" und den "Umfang" des Unternehmens bestimmen ⁴⁰⁾. Weippert ⁴¹⁾ folgert aus dieser zutreffenden Praxis, man müsse von einem einheitlichen Begriff "Art und Umfang" ausgehen. Diese nicht überzeugende Auf-

37) BB 1959, 255.

38) Vgl. oben Fußn. 25.

39) Fabricius, 3. Kapitel, III, S. 24;
Weippert, S. 46.

40) Vgl. oben Fußn. 36.

41) S. 46.

Auffassung führt leicht zu einem Verblässen der beiden Komponenten, die von ganz unterschiedlichen Merkmalen geprägt werden - einerseits Qualitäts-, andererseits Quantitätsmerkmale - und beide zusammen die Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung bestimmen ⁴²⁾. Gerade die Formulierung des § 4 Abs. 1 HGB läßt erkennen, daß der Gesetzgeber die Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung aus beiden Komponenten gleichzeitig hergeleitet wissen will.

Der Gesetzeswortlaut in §§ 2 und 4 Abs. 1 HGB läßt schließlich beide Komponenten auch gleichwertig nebeneinander erscheinen. Für die Annahme, dem "Umfang" komme eine die "Art" überragende Bedeutung zu ⁴³⁾, oder die "Art" sei der weitere Begriff, der auch den "Umfang" in sich schließe ⁴⁴⁾, besteht keinerlei Veranlassung, beide Gesichtspunkte sind vielmehr in gleichem Maße zu berücksichtigen ⁴⁵⁾. Grundsätzlich entscheiden die konkreten Verhältnisse zum Zeitpunkt der Überprüfung der Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung. Bei einem gerade erst gegründeten Unternehmen, das sich noch in seiner Anfangsphase befindet, wird man jedoch besondere Maßstäbe anlegen müssen. Häufig fehlen hier noch wichtige Merkmale wie z.B. ein meßbarer Umsatz. In diesen Fällen werden zur Beurteilung auch die Planungen des Unternehmers mit heranzuziehen sein, soweit sie sich in

42) Vgl. oben Fußn. 23.

43) Droste, NJW 1961, 1607 (1609).

44) Ehrenberg, S. 4, 4b), S. 46.

45) Großko-Brüggemann, § 2 Rdn. 12.

konkreten Maßnahmen niederschlagen⁴⁶⁾. Es müssen jedoch genügend zuverlässige Anhaltspunkte⁴⁷⁾ dafür vorhanden sein, daß das Unternehmen in Kürze eine Ausgestaltung erfahren wird, die eine kaufmännische Einrichtung erforderlich macht⁴⁸⁾.

Eine kaufmännische Einrichtung ist nach allem also unabhängig davon, ob das Unternehmen ein Gewerbe nach § 1 Abs. 2 oder nach §§ 2, 3 HGB betreibt, erforderlich, wenn sowohl die die "Art" als auch die den "Umfang" des Betriebes bestimmenden Merkmale so gestaltet sind, daß das Fehlen eines kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetriebes zu der Befürchtung Anlaß gibt, eine ungeordnete oder undurchsichtige Führung des Unternehmens könnte weitere Kreise der Öffentlichkeit negativ berühren.

bb) Auch diese schon etwas präzisere Formel kann zur Lösung der Abgrenzungsprobleme im konkreten Einzelfall häufig nur als allgemeine Entscheidungshilfe beitragen. Die Vielgestaltigkeit der Unternehmen sowie die große Anzahl der zu berücksichtigenden Faktoren läßt es jedoch nicht zu, daß allgemeingültige, feste Maßstäbe oder Mindestvoraussetzungen aufgestellt werden, die eine exakte Grenze zwischen Erforderlichkeit und Entbehrlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung markieren können⁴⁹⁾. Bei der

46) Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 4, Rdn. 5; Hofmann, B, III, 1, S. 53; Fabricius, 3. Kapitel, III, S. 24; Kugel, S. 39 f.

47) Beispiele nennt Kugel S. 40; so können z.B. bereits angeschaffte Warenbestände auf einen möglichen Umsatz hindeuten.

48) BGHZ 10, 91 (96); vgl. oben I, 2, b, Fußn. 11 - 13.

49) Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 2, Rdn. 6; Hofmann, B, III, 1, S. 53.

konkreten Überprüfung sind auch die speziellen Besonderheiten des jeweiligen Gewerbezweiges ⁵⁰⁾ sowie die besonderen örtlichen Verhältnisse am Sitz des Unternehmens ⁵¹⁾ zu beachten, so daß sich auch von daher die Festsetzung von genauen Maßstäben verbietet.

Dennoch wird häufig versucht, bestimmten Merkmalen eine gewisse Allgemeingültigkeit beizumessen und auch ihrem Vorhandensein den mehr oder weniger automatischen Schluß auf die Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung zuzulassen:

So soll eine kaufmännische Einrichtung - wenn nicht besondere Umstände vorliegen - generell bei Erreichen von bestimmten Regelwerten, insbesondere Umsatzrichtzahlen ⁵²⁾ oder auch Mindesthöhen von Gewerbesteuermeßbeträgen ⁵³⁾, erforderlich sein. Der Umsatz ist zwar ein ganz wesentlicher Faktor für die Beurteilung des "Umfangs" des Unternehmens, seine alleinige Berücksichtigung würde jedoch die im Einzelfall möglicherweise sehr einfache und leicht überschaubare "Art" des Betriebes, die keine kaufmännische Einrichtung erfordert, außer acht lassen ⁵⁴⁾. Bestimmte Regelwerte, insbesondere Um-

50) George, BB 1959, 255 (256); Krauth, NJW 1961, 13.

51) Droste, NJW 1961, 1607 (1619).

52) Droste, NJW 1961, 1607 (1610); Kugel, S. 32, weist auf die entsprechende Praxis einer Industrie- und Handelskammer (zu deren Aufgaben in diesem Zusammenhang noch später) hin.

53) Krauth, NJW 1961, 13 mit Hinweis auf einen Vorschlag des DIHT.

54) Das wird bei dem oft zitierten sogen. "Kantinenfall" - 500.000,- DM Jahresumsatz, aber sehr einfacher Geschäftsbetrieb - (OLG Celle, DB 1963, 166) sehr deutlich.

satzrichtzahlen, können deshalb nur Anhaltspunkte abgeben, aber niemals zur schematischen Abgrenzung zwischen voll- und minderkaufmännischem Betriebsniveau dienen⁵⁵⁾. Bei sogenannten "Mischbetrieben", das sind Betriebe, bei denen ein Unternehmenszweig dem Handwerk und ein anderer dem Handel zuzuordnen ist, soll generell eine kaufmännische Einrichtung erforderlich sein, weil die verschiedenen Geschäftszweige innerhalb eines Betriebes häufig zu einem komplizierten Geschäftsbetrieb führen⁵⁶⁾. Bei dieser Betrachtungsweise wird jedoch die Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung allein aus der "Art" des Betriebes gefolgert, während die Berücksichtigung des "Umfangs" gänzlich unterbleibt. Zu Recht hat das OLG Stuttgart in einer Entscheidung vom 15. Oktober 1973⁵⁷⁾ die Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung bei einem Mischbetrieb wegen des zu geringen Umsatzes verneint.

Verbreitet ist die Auffassung, im Regelfalle könne man aus dem Vorhandensein einer kaufmännischen Einrichtung, insbesondere einer kaufmännischen Buchführung, auch auf deren Notwendigkeit schließen⁵⁸⁾. Die Tatsache, daß in einem Betrieb eine kaufmännische Einrichtung unterhalten wird, kann allein noch nicht den Schluß auf die Erforderlichkeit einer solchen Einrichtung zulassen. Zu Recht wird darauf hingewiesen, daß eine kaufmännischen Grundsätzen entsprechende Buchführung auch aus steuerlichen

55) GroßKo-Brüggemann, § 4, Rdn. 10.

56) George, NWB 1979, 771 (774); AG Vechta, BB 1964, 1194.

57) Zitiert bei George, NWB 1979, 771 (773).

58) Brandmüller, BB 1976, 641 (643); GroßKo-Brüggemann, § 2, Rdn. 11; BGH, BB 1960, 917; LG Heidelberg, BB 1982, 142.

Gründen in Betracht kommen kann ⁵⁹⁾. Daß eine schon vorhandene kaufmännische Einrichtung, insbesondere eine kaufmännische Buchführung, auch erforderlich ist, kann sich immer erst unter Mitberücksichtigung anderer Merkmale des Betriebes ergeben. Das wird durch einen Vergleich der beiden nachstehenden Gerichtsentscheidungen deutlich: AG Vechta vom 14. Februar 1964 ⁶⁰⁾

- 200.000,-- DM Jahresumsatz, Mischbetrieb (Bäcker, Café, Lebensmittel), kaufmännische Buchführung vorhanden = Vollkaufmann - und OLG Karlsruhe vom 27. August 1964 ⁶¹⁾ - 180.000,-- DM Jahresumsatz, einfacher und übersichtlicher Geschäftsbetrieb (Süßwarenhändler), kaufmännische Buchführung vorhanden = Minderkaufmann -. Festzuhalten bleibt, daß zwar einige typische Betriebsmerkmale auf die Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung hindeuten können, daß aber im konkreten Einzelfall alle Betriebsmerkmale sowie die speziellen örtlichen Verhältnisse und die Besonderheiten des Geschäftszweiges mitberücksichtigt werden müssen.

cc) Wegen der unterschiedlichen örtlichen Verhältnisse und insbesondere wegen der zahlreichen Besonderheiten und unterschiedlichen Eigenarten der einzelnen Gewerbebezüge verlangt die Feststellung der Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung im konkreten Einzelfall sehr genaue Sachkenntnis. Diese gelegentlich schwierige Feststellung hat in erster Linie die mit der Führung des

59) OLG Karlsruhe, BB 1963, 324; Krauth, NJW 1961, 13 (14).

60) BB 1964, 1194.

61) BB 1963, 324.

Handelsregisters beauftragte Stelle , also das Amtsgericht (§ 8 HGB iVm § 125 Abs. 1 und 2 FGG) als Registergericht und dort gemäß § 3 Nr. 2 d RPflG der dafür zuständige Rechtspfleger zu treffen. Ohne Unterstützung aus den einzelnen Gewerbezweigen wäre das Registergericht nicht in der Lage, Entscheidungen zu treffen, die den jeweiligen Besonderheiten gerecht werden könnten. Deshalb sind gemäß § 126 FGG die Organe der Berufsstände - für den Handelsstand die Industrie- und Handelskammer, für den Handwerksstand die Handwerkskammern und für den land- und forstwirtschaftlichen Berufsstand die Landwirtschaftskammern bzw. die nach Landesrecht zuständigen Stellen - verpflichtet, die Registergerichte zu unterstützen. Das gilt u.a. bei der Verhütung unrichtiger Eintragungen - insbesondere, wenn über eine Anmeldung zu befinden ist ⁶²⁾ - oder bei der Berichtigung des Handelsregisters - wenn z.B. über die Löschung einer Firma zu entscheiden ist ⁶³⁾ -. Die Registergerichte ihrerseits haben gemäß § 23 HRV bei Eintragung neuer Firmen und Firmenänderungen sowie in allen zweifelhaften Fällen die Hilfe der berufsständischen Organe durch Einholung von Gutachten in Anspruch zu nehmen, um so die gesetzlich vorgeschriebenen Eintragungen sicherzustellen und unzulässige Eintragungen zu vermeiden. Ausdruck dieses engen Zusammenwirkens und gegenseitigen Kontrollierens zwischen berufsständischen Organen und Registergerichten ist die Verpflichtung des Registergerichts, die von einem nach § 23 HRV eingeholten Gutachten abweichende Entscheidung dem jeweiligen berufsständischen

62) Jansen, FGG, § 126, Rdn. 7.

63) Jansen, FGG, § 126, Rdn. 8.

Organ mitteilen zu müssen (§ 23 letzter Satz HRV), welches seinerseits gemäß § 126 2. Halbsatz FGG dagegen selbständig das Rechtsmittel der Beschwerde einlegen könnte⁶⁴⁾. Sollte also im konkreten Einzelfall die Feststellung der Notwendigkeit einer kaufmännischen Einrichtung und damit die Abgrenzung zwischen Voll- und Minder- bzw. Nichtkaufmann nicht zweifelsfrei getroffen werden können, wird das Registergericht ein Gutachten bei dem zuständigen Organ des jeweiligen Berufsstandes einholen. Das gilt insbesondere in den Fällen, in denen erst die Eintragung in das Handelsregister ein Handelsgewerbe entstehen läßt, also bei Gewerbebetrieben nach §§ 2 und 3 HGB⁶⁵⁾. Wenn auch das Registergericht an die Gutachten der berufsständischen Organe keineswegs gebunden ist⁶⁶⁾, so wird es in der Praxis jedoch meistens der Auffassung des dem jeweiligen Gewerbebezweig in der Sache nächststehenden berufsständischen Organs folgen⁶⁷⁾. Zu berücksichtigen ist dabei allerdings, daß gelegentlich bei der Begutachtung der Notwendigkeit einer kaufmännischen Einrichtung durch eine Industrie- und Handelskammer auch deren eigene Interessen eine Rolle spielen können, da Kammermitglieder, deren Betrieb keine kaufmännische Einrichtung benötigen, erheblich geringere Beiträge zu entrichten haben⁶⁸⁾.
Der Einfluß der berufsständischen Organe bei der Beur-

64) Dazu eingehend Frey, BB 1965, 1208 ff.

65) GroßKo-Hüffer, § 8, Rdn 56.

66) Bumiller-Winkler, § 126, Anm. 5;
Drischler, § 23, Anm. 5.

67) Jansen, FGG, § 125, Rdn. 25.

68) Dazu Droste, NJW 1961, 1607 (1608);
Krauth, NJW 1961, 13.

teilung der Frage nach der Notwendigkeit einer kaufmännischen Einrichtung darf also keineswegs unterschätzt, muß aber trotz des Hinweises auf mögliche eigene Interessen wegen der speziellen Sachkenntnisse dieser von ihrem Auftrag her im öffentlichen Interesse tätigen Behörden begrüßt werden.

dd) Bei der Frage nach der Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung ist schließlich die subjektive Einschätzung des oder der jeweiligen Betriebsinhaber ohne Bedeutung. Entscheidend ist insoweit ausschließlich eine objektive Beurteilung, nämlich dahin, ob in dem konkreten Einzelfall der schon vorhandene oder vorgesehene Gewerbebetrieb nach Art und Umfang eine kaufmännische Einrichtung benötigt ⁶⁹⁾.

Das ergibt sich einerseits aus dem Zweck der kaufmännischen Einrichtung, die Öffentlichkeit vor möglichen Nachteilen einer ungeordneten oder undurchsichtigen Führung des Unternehmens zu schützen ⁷⁰⁾. Zum anderen setzen die in §§ 1 - 3 HGB erwähnten Handelsgewerbe voraus, daß der jeweilige Gewerbebetrieb eine kaufmännische Einrichtung erfordert. Da der Betrieb eines Handelsgewerbes die (Voll-)Kaufmannseigenschaft verleiht, die ihrerseits mit zahlreichen, insbesondere durch das HGB im Interesse eines geordneten Handelsverkehrs gesetzlich festgelegten Rechten und Pflichten verbunden ist, können die gesetzlichen Begriffsmerkmale eines Handelsgewerbes und damit auch die Frage der Notwendigkeit einer kaufmännischen Einrichtung schon im Interesse der Rechtssicherheit nicht

69) BGHZ 32, 306 (311).

70) Vgl. oben II, 1, a und 1, b, aa), Fußn. 29.

zur Disposition des einzelnen Unternehmers stehen. Für das von der Gesellschaft, die als KG entstanden ist, betriebene Unternehmen kann also auch unabhängig von einem entsprechenden Willen oder sogar gegen den Willen der Gesellschafter nachträglich die Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung entfallen. Das kann gerade in den Grenzfällen, bei denen zunächst die Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung gerade noch bejaht werden konnte, bei verhältnismäßig geringfügigen tatsächlichen Veränderungen dazu führen, daß objektiv die Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung entfällt, die Gesellschafter jedoch irrtümlich weiterhin von deren Notwendigkeit ausgehen und so das Absinken auf das Niveau eines sogenannten Kleingewerbes nicht bemerken.

2) Weitere Voraussetzung für die Entstehung einer nicht vollkaufmännischen Schein-KG durch unbemerktes Absinken auf das Niveau eines sogenannten Kleingewerbes nach ordnungsgemäßer Entstehung einer KG ist der nicht nur vorübergehende Wegfall der Notwendigkeit einer kaufmännischen Einrichtung. Der nur vorübergehende Wegfall dieser Notwendigkeit und damit das nur vorübergehende Herabsinken auf das Niveau eines sogenannten Kleingewerbes kann nach einhelliger Auffassung unbeachtet bleiben ⁷¹⁾. Wagner ⁷²⁾ entnimmt das einem den §§ 856 Abs. 2, 940 Abs. 2 BGB entlehnten allgemeinen Rechtsgedanken, wonach vorübergehende Änderungen eines tatsäch-

71) BGHZ 32, 307 (312 f.); OLG Stuttgart, BB 1954, 74; George, BB 1959, 255 (256).

72) In JuS 1961, 123, Rezension zu BGHZ 32, 307.

lichen Zustandes die Rechtslage möglichst nicht beeinflussen sollen. Nach seiner Ansicht ist das Gesetz bestrebt, Komplizierungen der Rechtslage zu vermeiden, die sich aus der Berücksichtigung eines nur vorübergehenden Zustandes ergeben würden. Als Beispiel wird in diesem Zusammenhang immer der Saisonbetrieb in einem Erholungsgebiet erwähnt: Wer drei bis vier Monate im Jahr als Vollkaufmann tätig ist, verliert diese Eigenschaft nicht, wenn er den Betrieb außerhalb der Saison nur in geringem Umfang aufrechterhält oder ihn sogar ganz schließt (Hotel in Wyk auf Föhr, das nur während der Sommermonate voll betrieben wird ⁷³⁾). Der BGH erwähnt als Beispielsfälle für einen nur vorübergehenden Wegfall der Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung die, in denen Kriegseinwirkungen zu dem Verlust von Betriebsmitteln und damit zur einstweiligen Stilllegung des Betriebes führten oder in denen nach dem 2. Weltkrieg nach dem MilRegG 52 Betriebe für einige Zeit beschlagnahmt und durch Treuhänder verpachtet wurden, um während dieses Zeitraums die Geschäftsinhaber einer politischen Überprüfung zu unterziehen ⁷⁴⁾.

3) Nach Entstehung der Gesellschaft als KG kann es durch den von den Gesellschaftern nicht bemerkten nachträglichen Wegfall der Erforderlichkeit eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes in drei unterschiedlichen Fällen zu der Entstehung einer nicht vollkaufmännischen Schein-KG kommen.

73) AG Wyk auf Föhr, BB 1958, 891.

74) BGHZ 32, 307 (312 f.).

a) Bei einer bereits im Handelsregister eingetragenen KG, die ein Grundhandelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB betreibt, entfällt die Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung, das von der Gesellschaft betriebene Gewerbe sinkt auf das Niveau eines Kleingewerbes ab (Fall 1).

b) Eine Gesellschaft, die ein Grundhandelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB betreibt, ist schon ohne Eintragung im Handelsregister durch Geschäftsaufnahme gemäß §§ 161 Abs. 2, 123 Abs. 2 HGB entstanden ⁷⁵⁾. Bevor es zu einer Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister kommt, entwickelt sich der Geschäftsbetrieb so, daß er eine kaufmännische Einrichtung - ohne, daß die Gesellschafter dieses bemerken - nicht mehr erfordert bzw. mit der Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung nicht mehr zu rechnen ist (Fall 2).

c) Wie im Fall 1 entfällt auch hier bei einer im Handelsregister eingetragenen KG die Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung. Diese Gesellschaft betreibt jedoch eines der in §§ 2, 3 HGB aufgeführten Gewerbe, die erst durch die Eintragung ins Handelsregister zu einem Handelsgewerbe im Sinne des § 161 Abs. 1 HGB werden (Fall 3).

Eine mit Fall 2 vergleichbare Fallgestaltung entfällt bei Gesellschaften dieser Art, da diese vor Eintragung in das Handelsregister nicht als KG entstanden sein können ⁷⁶⁾.

75) Vgl. oben I., 2, b, Fußn. 11 - 13.

76) Vgl. oben I., 2, a.

§ 3

FEHLBEURTEILUNG DES GEWERBEBETRIEBES
BEI GESELLSCHAFTSGRÜNDUNG

Bereits bei der Gesellschaftsgründung kann durch einen Irrtum der Gesellschafter über die Erforderlichkeit eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes eine nicht vollkaufmännische Schein-KG entstehen.

Dazu kommt es im Fall 4, in dem der von den Gesellschaftern vereinbarte gemeinsame Zweck auf einen Gewerbebetrieb gerichtet ist, der objektiv keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Die Gesellschafter gehen jedoch irrtümlich von der Erforderlichkeit eines solchen Geschäftsbetriebes und damit - allerdings nur, wenn ein Grundhandelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB betrieben wird - bei Geschäftsaufnahme von der Entstehung einer KG gemäß §§ 161 Abs. 2, 123 Abs. 2 HGB aus.

Ergebnis zu T E I L I:

In vier unterschiedlichen Fällen kann von den Gesellschaftern unbemerkt eine nicht vollkaufmännische Schein-KG entstehen, weil diese sich in dem sehr leicht möglichen Irrtum über die Notwendigkeit eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes befinden.

Fälle 1 und 3:

Nach Eintragung der KG im Handelsregister entfällt objektiv die Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung, z.B. durch Schrumpfung des Gewerbebetriebes. Im Fall 1 betreibt die Gesellschaft ein Grundhandelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB, im Fall 3 ein Gewerbe im Sinne der §§ 2, 3 HGB.

Fälle 2 und 4:

Die Gesellschaft betreibt ein Grundhandelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB und ist (noch) nicht im Handelsregister eingetragen. Der Geschäftsbetrieb hat sich so entwickelt, daß er eine kaufmännische Einrichtung nicht mehr erfordert bzw. mit deren Erforderlichkeit nicht mehr zu rechnen ist (Fall 2) oder es fehlt schon seit der Geschäftsaufnahme objektiv an der Erforderlichkeit eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes (Fall 4).

T E I L I I

RECHTSSTELLUNG DER NICHT VOLLKAUFMÄNNISCHEN
SCHEIN-KG

§ 4

RECHTSFORM DER NICHT VOLLKAUFMÄNNISCHEN
SCHEIN-KG

I.

Im Falle der "Fehlbeurteilung des Gewerbebetriebes
bei Gesellschaftsgründung" (Fall 4)

1) Gründen die Beteiligten eine Gesellschaft, deren Zweck auf einen Gewerbebetrieb gerichtet ist, der objektiv keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, kann dieser Vorgang wegen § 4 HGB nicht zur Gründung einer OHG oder KG führen. Die Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura finden für einen solchen Gewerbebetrieb gem. § 4 Abs. 1 HGB keine Anwendung mit der Folge, daß mangels Geltung dieser Vorschriften gem. § 4 Abs. 2 HGB keine OHG oder KG gegründet werden kann.

Erfüllt der von den Beteiligten in einem solchen Fall abgeschlossene Gesellschaftsvertrag ansonsten die Mindestvoraussetzungen eines wirksamen KG-Vertrages ⁷⁷⁾, kommt es in Wirklichkeit zur Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Aus der Folge der §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB iVm § 705 BGB wird deutlich, daß OHG und KG

77) Vgl. oben § 2, I., 1, a - c.

als Sonderformen einer GbR angesehen werden können ⁷⁸⁾, die sich von der GbR dadurch unterscheiden, daß ihr Zweck auf den Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes gerichtet ist. Fehlt dieses spezifische Unterscheidungsmerkmal, gründen die Beteiligten eine GbR, die man als "Auffang-Rechtsform" der Personengesellschaften bezeichnen kann.

2) Im Fall 4, in dem die Gesellschafter bei Gründung irrtümlich von der Notwendigkeit einer kaufmännischen Einrichtung ausgehen, glauben die Gesellschafter, eine KG und nicht die objektiv vorliegende GbR zu gründen. Es stellt sich die Frage, ob es trotz der "Typenverfehlung" auch ohne einen entsprechenden Willen der Gesellschafter zu der Gründung einer GbR kommt.

a) Die herrschende Meinung in der Literatur ⁷⁹⁾ sowie die Rechtsprechung ⁸⁰⁾ halten es für unbeachtlich, ob die Beteiligten für ihren gesellschaftlichen Zusammenschluß auch die objektiv gegebene Gesellschaftsform gewollt haben oder nicht. Die Zuordnung zur einzig zulässigen Gesellschaftsform erfolge "ipso iure" und ohne jede Berücksichtigung eines entsprechenden Willens der Beteiligten. Battes ⁸¹⁾ hält in einem solchen Fall der "Typen-

78) RGZ 155, 75 (85).

79) Schlegelberger-Geßler, § 105, Rdn. 39; Westermann, Handbuch, Rdn. 753; Hueck, OHG, § 1, II., S. 11; Baumbach-Duden-Hopt, § 105, Bem. 3, B; Schmidt, OHG, S. 169; ders., DB 1973, 653.

80) BGHZ 10, 91 (97); 22, 240 (244); 32, 307 (310); anders nur BGHZ 19, 269 (272), vgl. Fußn. 83.

81) AcP 174, 429 (435).

verfehlung" den Gesellschaftsvertrag grundsätzlich für nichtig. Zu diesem Ergebnis gelangt auch Lieb⁸²⁾ zumindest dann, wenn die Gesellschafter anstelle der objektiv zutreffenden Rechtsform bewußt eine ganz andere gewählt haben (vollständige Nichtigkeit) oder mit einem Teil der sich aus dem objektiven Verhalten ergebenden Rechtsfolgen nicht einverstanden sind (Teilnichtigkeit). Eine Aufrechterhaltung des Gesellschaftsvertrages kommt nach dieser Ansicht nur unter den Voraussetzungen der §§ 139, 140 BGB in Betracht, d.h. nur, wenn die objektiv vorliegende Rechtsform sowie die daraus abzuleitenden Rechtsfolgen dem mutmaßlichen Willen der Gesellschafter entsprechen⁸³⁾. Anderenfalls sei der Gesellschaftsvertrag nichtig, wofür allerdings unterschiedliche Begründungen abgegeben werden.

Nach Battes⁸⁴⁾ soll sich aus den §§ 105 Abs. 1, 161 Abs. 1, 4 Abs. 2 HGB für eine GbR das "Verbot" ergeben, ein Handelsgewerbe zu betreiben, während die Rechtsformen der OHG und KG nur zum Betrieb eines Handelsgewerbes "erlaubt" seien. Diese gesetzlich vorgeschriebene "Funktionsbeschränkung" sei als Verbotsgesetz aufzufassen, so daß ein Gesellschaftsvertrag, der dagegen (hier: KG-Vertrag, obwohl kein vollkaufmännisches Handelsgewerbe betrieben wird) verstoße, gem. § 134 BGB nichtig sei⁸⁵⁾. Lieb hingegen hält den Gesellschaftsvertrag bei "Typen-

82) Ehegattenmitarbeit, S. 32 ff.

83) Battes, a.a.O., S. 435; Lieb, a.a.O., S. 33; auch das vereinzelt gebliebene und nicht mehr bestätigte Urteil des BGH vom 15.12.1955, BGHZ 19, 269 (272).

84) a.a.O., S. 433.

85) a.a.O., S. 434.

verfehlung" nicht generell für nichtig, sondern differenziert zunächst danach, ob die Gesellschafter die objektiv gegebene Gesellschaftsform nur falsch als KG bezeichnen, aber durchaus mit der objektiven Rechtslage einverstanden sind, oder ob sie ganz bewußt die geplante Rechtsform sowie die daraus abzuleitenden Rechtsfolgen herbeiführen wollten. Im ersten Fall könne von einem unbeachtlichen Bezeichnungsfehler der Gesellschaftsform im Sinne einer "falsa demonstratio" ausgegangen werden ⁸⁶⁾. Wenn die Gesellschafter jedoch anstelle der objektiv gegebenen Rechtsform bewußt eine andere gewählt hätten, liege eine eindeutige Typenwahl vor, die nicht ignoriert werden dürfe. Die Typenwahl der Gesellschafter stelle eine Willenserklärung dar, die gar nicht erst wirksam werde, wenn sie auf ein rechtlich nicht realisierbares Ziel (KG ohne vollkaufmännisches Handelsgewerbe) gerichtet sei. Es handle sich dabei um einen Fall der sogenannten "juristischen Unmöglichkeit" mit der Nichtigkeitsfolge aus § 306 BGB ⁸⁷⁾.

Ulmer ⁸⁸⁾ geht zunächst mit der herrschenden Meinung davon aus, daß bei der "Typenverfehlung" grundsätzlich der Gesellschaftsvertrag wirksam wird, selbst wenn die Gesellschafter die objektiv gegebene Rechtsform der Gesellschaft nicht gewollt haben. Der entgegenstehende Wille eines Gesellschafters soll jedoch nach dieser Ansicht in Abweichung von der herrschenden Meinung beachtlich sein, wenn es ihm z.B. in dem hier untersuchten

86) Lieb, a.a.O., S. 32; auch MünchKomm-Ulmer, § 705, Rdn. 21.

87) Lieb, a.a.O., S. 27; wohl auch BGHZ 19, 269 (272).

88) In MünchKomm, § 705, Rdn. 21.

Fall entscheidend darauf ankam, den Zusammenschluß in einer von der GbR abweichenden Rechtsform zu organisieren - um z.B. die besondere Haftungssituation in einer KG zu erreichen - und er diese Absicht erkennbar durch die falsche Gesellschaftsbezeichnung "KG" in seinen Geschäftswillen aufgenommen hat. Ein solcher Rechtsfolgenirrtum als Sonderfall des Inhaltsirrtums soll den Gesellschafter bis zum Vollzug der Gesellschaft zur Anfechtung des Gesellschaftsvertrages gem. § 119 Abs. 1 BGB berechtigen, danach zur Kündigung aus wichtigem Grund ⁸⁹⁾.

b) Die herrschende Meinung in der Literatur sowie die Auffassung der Rechtsprechung dürften allein zutreffend sein.

aa) Der Auffassung von Battes ist entgegenzuhalten, daß sie den Zusammenhang zwischen den von ihm so bezeichneten "Funktionsbeschränkungen" für die einzelnen Gesellschaftsformen und dem im Gesellschaftsrecht herrschenden Rechtsform- oder auch Typenzwang nicht hinreichend berücksichtigt. Das Gesetz stellt im Gesellschaftsrecht nur eine begrenzte, abschließend geregelte Anzahl von Vereinigungsformen zur Verfügung ("numerus clausus" der Gesellschaftstypen), deren jeweilige Begründung von der Erfüllung spezifischer Voraussetzungen abhängt. Aus dem Erfordernis der Erfüllung dieser jeweiligen Wesensmerkmale, die gleichzeitig auch der Abgrenzung und Un-

89) Ulmer, a.a.O.; auch Fischer (Anmerkung zu BGHZ 22, 240 bei LM, § 105 HGB, Nr. 12) scheint hier einen beachtlichen Rechtsfolgenirrtum anzunehmen.

terscheidung zu den anderen Gesellschaftstypen dienen, leitet Battes die "Funktionsbeschränkungen" für die einzelnen Gesellschaftsformen her. Diese "Funktionsbeschränkungen" stellen jedoch keine gesetzlichen Verbote im Sinne des § 134 BGB dar. Davon kann nur die Rede sein, wenn "die Vornahme eines Rechtsgeschäftes, das seiner allgemeinen Natur nach in unserer Rechtsordnung möglich ist, mit Rücksicht auf seinen Inhalt, auf einen von der Rechtsordnung mißbilligten Erfolg oder auch auf die besonderen Umstände, unter denen es vorgenommen wird, im Einzelfall untersagt wird" ⁹⁰⁾. Die einen Gesellschaftstyp kennzeichnenden Wesensmerkmale, die durch zwingende Gesetzesvorschriften festgelegt sind, unterliegen gar nicht der Dispositionsbefugnis der Beteiligten ⁹¹⁾, so daß die Begründung einer Gesellschaftsform, die nicht die Wesensmerkmale einer der zwingend vorgeschriebenen Gesellschaftsformen aufweist, schon grundsätzlich nach unserer Rechtsordnung nicht möglich ist. Rechtsgeschäfte, die diesen Typenzwang nicht berücksichtigen, können von vornherein nicht die von den Vertragsparteien gewünschten Wirkungen entfalten, da sie "außerhalb des rechtlichen Vermögens der Privatpersonen liegen" ⁹²⁾ und sich deshalb die Frage nach ihrer Wirksamkeit mit dem von den Parteien vorgesehenen Inhalt nicht stellt. Diese Rechtsgeschäfte müssen insoweit also nicht wegen Nichtbeachtung einer gesetzlichen Vorschrift ausdrücklich für unwirksam erklärt werden.

90) Larenz, AT, § 22, II, S. 419.

91) Wohl einhellige Meinung, vgl. Fußn. 79 und 80; auch Lieb, a.a.O., S. 24.

92) Larenz, AT, § 22, II, S. 419 Fußn. 3.

bb) Die letzten Ausführungen sind auch der Ansicht von Lieb, der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages gem. § 306 BGB im Falle der "Typenverfehlung" annimmt, entgegenzuhalten. Der in dem Gesellschaftsvertrag zum Ausdruck gebrachte Wille der Beteiligten, eine KG zu gründen, obwohl der von ihnen geplante Geschäftsbetrieb keine kaufmännische Einrichtung erfordert, ist für die objektive Einordnung des Typs der gegründeten Gesellschaft unbeachtlich. Auf der Grundlage eines solchen Gesellschaftsvertrages erfolgt die Zuordnung des gesellschaftlichen Zusammenschlusses zu der nach der Rechtsordnung vorgeschriebenen Gesellschaftsform - GbR - "ipso iure" ⁹³⁾.

Im übrigen erscheint die Anwendung der Vorschrift des § 306 BGB hinsichtlich der Typenwahl bedenklich. Nach wohl einhelliger Auffassung ⁹⁴⁾ kann der Gesellschaftsvertrag nur teilweise als schuldrechtlicher Vertrag angesehen werden, da durch ihn neben den verpflichtenden Wirkungen für die Gesellschafter auch die Entstehung eines sozialrechtlichen oder "außerindividualrechtlichen" Gebildes veranlaßt wird. Deshalb können die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts auf den Gesellschaftsvertrag nicht unbesehen angewandt werden, sondern ihre Anwendbarkeit bedarf in jedem Fall gesonderter Prüfung ⁹⁵⁾. Die Wahl des Gesellschaftstyps hat zunächst einmal überwiegend sozial- bzw. organisationsrechtliche Konsequenzen, so daß sich die schon erwähnten Bedenken

93) Schmidt, OHG, S. 164.

94) Westermann, Handbuch, Rdn. 25 mit umfassendem Überblick über den Meinungsstand.

95) Westermann, a.a.O., Rdn. 26.

gegen die Anwendbarkeit des § 306 BGB im Zusammenhang mit der Typenwahl ergeben ⁹⁶⁾.

cc) Der wesentliche Unterschied der Ansicht von Ulmer zu den Meinungen von Battes und Lieb besteht darin, daß erst die Ausübung eines Gestaltungsrechtes (Anfechtung oder Kündigung) zur Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages führen kann. Das aber setzt Kenntnis von den möglichen Voraussetzungen für die Ausübung eines solchen Gestaltungsrechtes voraus, also die Kenntnis von der Entstehung einer GbR statt einer KG. Diese Kenntnis fehlt den Gesellschaftern regelmäßig in den hier untersuchten Fällen der unbemerkten Entstehung einer nicht vollkaufmännischen Schein-KG.

Ulmer geht allerdings auf die eigentliche Problematik der "Typenverfehlung" im Gründungsstadium einer Gesellschaft ein. Diese besteht darin, daß nach der herrschenden Meinung ein Gesellschaftstyp entsteht, den die Beteiligten möglicherweise gar nicht gewollt haben ⁹⁷⁾. Der Irrtum der Gesellschafter hinsichtlich der Rechtsfolgen, die sie objektiv durch ihre Gesellschaftsgründung ausgelöst haben, mag für die durch den Typenzwang bestimmte Einordnung der Gesellschaft als GbR unbeachtlich sein. Ob dieser Irrtum jedoch auch im Verhältnis der Gesellschafter untereinander unbeachtlich ist oder ihnen, nachdem sie die "Typenverfehlung" erkannt haben, die von Ulmer vorgesehenen Gestaltungsrechte zustehen, soll weiter unten näher erörtert werden ⁹⁸⁾.

96) Ähnliche Bedenken hat wohl auch Battes, ACP 174, 429 (434).

97) Auch Lieb, Ehegattenmitarbeit, S. 24, sieht hier die eigentliche Problematik der "Typenverfehlung".

98) Vgl. § 8, II, 2 und 3.

In dem hier untersuchten Zusammenhang bleibt zunächst festzuhalten, daß es in dem Fall 4 zu dem wirk-
samen Abschluß eines Gesellschaftsvertrages und der
Gründung einer GbR kommt, auch wenn die Entstehung
dieses Gesellschaftstyps nicht von einem entsprechenden
Willen der Gesellschafter getragen ist.

II.

In den Fällen des "nachträglichen Absinkens" (Fälle 1 bis 3)

Die Fallgruppen 1 bis 3 ⁹⁹⁾ unterscheiden sich von der zuvor behandelten dadurch, daß in diesen Fällen bereits eine KG entstanden ist. Die Folgen für den Fortbestand und die Rechtsform der Gesellschaft, die sich aus dem späteren Wegfall der Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung ergeben, sollen in diesem Abschnitt untersucht werden.

1) Wegen des Wegfalls der Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung betreibt die als KG entstandene Gesellschaft kein vollkaufmännisches Handelsgewerbe mehr. Im Falle einer Neubegründung der Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt würden nur noch die Voraussetzungen für die Entstehung einer GbR erfüllt sein ¹⁰⁰⁾. Es fragt sich deshalb, ob die als KG entstandene Gesellschaft auch als solche bestehen bleibt, obwohl das von ihr betriebene Gewerbe nicht mehr als vollkaufmännisches Handelsgewerbe beurteilt werden kann.

a) Im Fall 2 - "nachträgliches Absinken" bei einer bereits durch Geschäftsaufnahme entstandenen und nicht als KG im Handelsregister eingetragenen Gesellschaft - wird einhellig die Auffassung vertreten, die Gesellschaft bestehe zwar fort, wandle sich jedoch in eine GbR als "Auffang-Rechtsform" der Personalgesellschaften ¹⁰¹⁾ um.

99) Vgl. oben § 2, II., 3, a - c.

100) Vgl. oben I., 1.

101) Vgl. oben I., 1 am Ende.

b) Nach der herrschenden Meinung in der Literatur ¹⁰²⁾ und der heutigen Rechtsprechung ¹⁰³⁾ soll dieses auch in den Fällen 1 und 3, in denen die Gesellschaft im Handelsregister als KG eingetragen ist, gelten. Da eine wesentliche Voraussetzung für die Entstehung einer KG sowie der Eintragung als KG im Handelsregister entfallen sei, könne die Gesellschaft nicht KG bleiben, sondern wandle sich in eine GbR um. Entsprechend müsse die Eintragung als KG im Handelsregister gelöscht werden. Das Kammergericht hat in einem früheren Beschluß ¹⁰⁴⁾ die Auffassung vertreten, eine im Handelsregister eingetragene KG sei zur Beibehaltung ihrer Firma berechtigt, auch wenn ihr Geschäftsbetrieb dauernd auf den Umfang eines Kleingewerbes herabgesunken sei. Durch die Veränderung des Gewerbebetriebes werde die Auflösung der KG veranlaßt und damit die Geltung der Liquidationsregeln der §§ 145 ff. HGB.

Erst nach der Abwicklung sämtlicher Geschäfte und der vollständigen Aufteilung des gemeinschaftlichen Vermögens sei die KG beendet, so daß erst dann die Firma gelöscht werden dürfe.

Ähnlich ist im Ergebnis auch ein Urteil des OLG Karlsruhe ¹⁰⁵⁾, nach dem eine OHG/KG, die kein vollkaufmännisches Handelsgewerbe mehr betreibt, als solche bestehen bleiben soll, bis sie kein Vermögen mehr hat. Der

102) GroßKo-Fischer, § 105, Anm. 14; Schlegelberger-Geßler, § 105, Rdn. 10; Baumbach-Duden-Hopt, § 105, Bem. 3, B; Hueck, OHG, § 1, III, 2, S. 16; Westermann, Handbuch, Rdn. 104.

103) RGZ 155, 75 ff.; BGHZ 32, 307 (312).

104) OLGRspr., 24, 171.

105) In JW 1928, 2466 f.

Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes sei nur Entstehungsvoraussetzung. Sei die OHG/KG jedoch einmal entstanden, dann sei sie ähnlich der AG oder GmbH "Formalkaufmann" mit der Folge, daß es nicht von Bedeutung für den Fortbestand als OHG/KG sei, ob und welchen Gewerbebetrieb die Gesellschaft unterhalte ¹⁰⁶⁾. Eine Umwandlung in eine GbR komme auch wegen praktischer Probleme nicht in Betracht. Das zeige sich insbesondere in Fällen von Grundstückseigentum der Gesellschaft, in denen eine Umschreibung auf die einzelnen Gesellschafter unerlässlich sei. In seiner zustimmenden Anmerkung zu dem Urteil des OLG Karlsruhe führt Bondi als weiteres praktisches Problem an, daß eine der OHG/KG zustehende beschränkte persönliche Dienstbarkeit im Sinne der §§ 1090 ff. BGB wegen § 1092 BGB nicht auf die GbR als Rechtsnachfolgerin übergehen könne ¹⁰⁷⁾. Eine früher schon - allerdings ohne weitere Begründung - von Wieland ¹⁰⁸⁾ und Flechtheim ¹⁰⁹⁾ geäußerte Ansicht wird inzwischen auch teilweise in der neueren Literatur insbesondere von Schmidt ¹¹⁰⁾ vertreten. Danach soll die Gesellschaft, obwohl sie kein vollkaufmännisches Handelsgewerbe mehr betreibt, im Hinblick auf § 5 HGB OHG/KG bleiben, solange ihre Firma noch im Handelsregister eingetragen ist. Wenn das Gesetz in § 5 HGB anordne, daß ein im Handelsregister eingetragener Unternehmens-

106) A.a.O., S. 2645 linke Spalte.

107) In JW 1928, 2644 (2645).

108) Bd. I, S. 446, Fußn. 33.

109) In Düringer-Hachenburg, Bd. II/2, Vorbem. zu § 131, Anm. 5.

110) In DB 1972, 959 (961) sowie Handelsrecht § 10, III, 1, S. 264; auch MünchKomm-Ulmer, § 705, Rdn. 9.

träger als Vollkaufmann anzusehen sei, dann sei er Vollkaufmann. Ebenso bleibe eine Gesellschaft, die nach § 5 HGB von Rechts wegen als Handelsgesellschaft angesehen werde, bis zur Löschung ihrer Firma Handelsgesellschaft¹¹¹⁾.

c) Der herrschenden Meinung in der Literatur sowie der heutigen Rechtsprechung, die auch in den Fällen 1 und 3 von einer Umwandlung in eine GbR ausgehen, wird zu folgen sein.

aa) Eine Auflösung der KG, wie sie das Kammergericht in seinem früheren Beschluß angenommen hat, scheitert bereits an dem Fehlen eines Auflösungsgrundes nach § 131 HGB. Unter den in dieser Vorschrift aufgeführten Auflösungsgründen für eine OHG/KG ist der Wegfall der Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung für das von der Gesellschaft betriebene Gewerbe nicht erwähnt. Die Aufzählung der Auflösungsgründe in § 131 HGB wird allgemein als abschließend angesehen¹¹²⁾. Gegen die Anwendung der Liquidationsregeln spricht auch, daß die Gesellschaft fortbestehen soll und ihren Geschäftsbetrieb weiterhin unterhält, so daß für eine Auseinandersetzung keine Veranlassung oder Notwendigkeit festzustellen ist¹¹³⁾.

111) Schmidt, Handelsrecht, a.a.O.

112) Baumbach-Duden-Hopt, § 131, Bem. 1, D; Westermann, Handbuch, Rdn. 603; Hueck, OHG, § 23, III, 1a, S. 349.

113) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Vorbem. zu § 131, Anm. 5; RGZ 155, 75 (84).

bb) Das OLG Karlsruhe und Bondi verkennen einen erheblichen Unterschied zwischen OHG und KG einerseits und GmbH, AG sowie KGaA andererseits. Die letztgenannten Gesellschaften werden durch entsprechende gesetzliche Anordnung (§§ 13 Abs. 3 GmbHG, 3, 278 Abs. 3 AktG) im Hinblick auf ihre einmal erlangte Rechtsform zu Handelsgesellschaften und unterliegen so gemäß § 6 Abs. 1 HGB den für die Kaufleute geltenden Regeln. Völlig gleichgültig ist dabei, ob der Gegenstand des von diesen Gesellschaften betriebenen Unternehmens ein Handelsgewerbe ist ¹¹⁴⁾. OHG und KG hingegen werden gerade dadurch, daß ihr Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes im Sinne der §§ 1 ff. HGB gerichtet ist, zu Handelsgesellschaften und nicht durch eine spezielle gesetzliche Anordnung. Das ergibt sich indirekt auch aus einem Umkehrschluß aus § 6 Abs. 2 HGB. Westermann sieht den Betrieb eines Handelsgewerbes deshalb auch als "zwingendes Wesensmerkmal" einer OHG/KG an ¹¹⁵⁾. Dieses "Wesensmerkmal" von OHG/KG kann aber nicht nur Entstehungsvoraussetzung, sondern muß auch Voraussetzung für den Fortbestand der Gesellschaft in der Rechtsform einer OHG/KG sein. Ebenso wie ein Einzelkaufmann, der kein Handelsgewerbe mehr betreibt, seine Kaufmannseigenschaft und damit den Anknüpfungspunkt für die Geltung der Regeln des HGB verliert, verliert auch die Gesellschaft bei Wegfall des Handelsgewerbes ihren Charakter als Handelsgesellschaft in Form einer OHG oder KG und die daraus resultierende Kaufmannseigenschaft ¹¹⁶⁾. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, weshalb dann trotz-

114) So ausdrücklich § 3 AktG; vgl. auch § 6 Abs. 2 HGB.

115) Handbuch, Rdn. 102.

116) RGZ 155, 75 (83).

dem die Rechtsform einer OHG/KG erhalten bleiben soll. Anderenfalls bestünde vielmehr die Gefahr, daß sich hinter der Rechtsform einer OHG/KG Personenvereinigungen verbergen, die nichts mit den in den §§ 105, 161 HGB vorgesehenen Gesellschaftstypen gemein haben und trotzdem nicht aufgelöst werden, da § 131 HGB den Wegfall des Handelsgewerbes nicht als Auflösungsgrund vorsieht.

cc) Fraglich ist, ob der Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes sowohl Entstehungsvoraussetzung als auch Voraussetzung für den Fortbestand einer OHG/KG ist.

Bei einem Gewerbebetrieb nach §§ 2, 3 HGB kann das mühe-los bejaht werden, da diese Gewerbe erst durch die Notwendigkeit einer kaufmännischen Einrichtung zu einem Handelsgewerbe werden können. Bei Wegfall dieser Notwendigkeit entfällt gleichzeitig das Handelsgewerbe, so daß die vorstehenden Überlegungen gelten.

Die Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB sind hingegen auch dann noch Handelsgewerbe, wenn ihr Betrieb keine kaufmännische Einrichtung erfordert. Nach § 4 Abs. 2 HGB kann durch eine Vereinigung zum Betrieb eines minderkaufmännischen Handelsgewerbes eine OHG/KG nicht "begründet" werden. Nach diesem Gesetzeswortlaut scheint der Betrieb eines vollkaufmännischen Grundhandelsgewerbes nur bei der "Begründung", also nur als Entstehungsvoraussetzung einer OHG/KG erforderlich zu sein. Diese Sichtweise wird jedoch dem Regelungszweck von § 4 Abs. 2 HGB nicht gerecht. Für einen minderkaufmännischen Gewerbebetrieb werden die OHG/KG wegen der unbeschränkbaren Vertretungsmacht der vertretungsberechtigten Gesellschafter sowie der unmittelbaren und zumindest teilweise unbeschränkbaren Mithaftung der Gesellschafter für zu

gefährlich erachtet ¹¹⁷⁾. Außerdem soll nach §§ 105, 161 HGB das Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betrieben werden, während minderkaufmännische Handelsgewerbe nach § 4 Abs. 1 HGB von der Führung einer Handelsfirma (§ 17 HGB) ausgeschlossen sind. Diese Zielsetzung des Gesetzgebers würde unterlaufen, wenn die OHG/KG nur bei ihrer Entstehung ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe betreiben müßte und danach den Gewerbebetrieb beliebig so verändern könnte, daß eine kaufmännische Einrichtung nicht mehr erforderlich wäre. Der Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes ist also nicht nur Voraussetzung dafür, daß die Gesellschaft als OHG/KG entsteht, sondern auch für die Beibehaltung dieser Rechtsform während des Fortbestehens der Gesellschaft.

dd) Die von Bondi und dem OLG Karlsruhe angeführten praktischen Probleme, die einer automatischen Umwandlung der KG in eine GbR entgegenstehen sollen, sind bei näherer Betrachtung nicht gegeben. Eigentumsrechte der ehemaligen KG gehen durch die Umwandlung zur GbR nicht unter und bedürfen auch keiner Übertragung auf die GbR. Die ehemalige KG und die durch Umwandlung entstandene GbR sind hinsichtlich ihres Gesellschafterbestandes sowie ihres Gesellschaftsvermögens identisch. Es handelt sich weiterhin um dieselbe Gesamthand ¹¹⁸⁾, die lediglich ihre Rechtsform geändert hat. Die KG ist keine von den Gesellschaftern verschiedene Rechtspersönlichkeit, sondern Träger aller Rechte sind und bleiben die Gesell-

117) Ehrenberg, Bd. 2, § 7, S. 127;
GroßKo-Brüggemann, § 4, Rdn. 18.

118) Schmidt, DB 1971, 2345 (2346).

schafter selbst in ihrer Zusammenfassung als Gesellschaft unabhängig von deren zur GbR gewechselten Reform ¹¹⁹⁾. Daraus ergibt sich auch, daß sich der Träger des Rechtes einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit im Sinne der §§ 1090 ff. BGB durch die Umwandlung der Gesellschaftsform nicht ändert und die in § 1092 BGB untersagte Übertragung auf einen anderen Rechtsträger nicht stattfindet ¹²⁰⁾. Sofern die Gesellschaft über Grundstücksrechte verfügt, ist demnach auch keine Eigentumsübertragung und Umschreibung im Grundbuch, sondern lediglich eine Berichtigung der Eigentümerbezeichnung - bisher KG, jetzt nach der Umwandlung die Gesellschafter unter Angabe ihres Gesellschaftsverhältnisses als GbR (§ 47 GBO) - erforderlich ¹²¹⁾.

ee) Die insbesondere von Schmidt vertretene Auffassung, die zu Unrecht im Handelsregister eingetragene Gesellschaft bleibe bis zur Löschung der Eintragung OHG/KG, löst auch die von ihm gestellte Frage nach der Rechtsfolge des § 5 HGB aus. Nach Schmidt ¹²²⁾ soll allein die Registereintragung bis zu ihrer Löschung konstitutiv die Vollkaufmannseigenschaft verleihen und § 5 HGB den Eingetragenen zum Vollkaufmann kraft (noch) bestehender Handelsregistereintragung erklären. Die herrschende Mei-

119) RGZ 155, 75 (85).

120) RGZ a.a.O., 86.

121) BGHZ 32, 307 (317); Bay.Ob.Landesgericht, BB 1983, 333; vgl. auch OLG Hamm, DB 1984, 341.

122) DB 1972, 959 (960/961); wohl auch GroßKo-Hüffer, § 8, Rdn. 82.

nung ¹²³⁾ geht für den Fall des Wegfalls der Notwendigkeit einer kaufmännischen Einrichtung von dem gleichzeitigen Verlust der Vollkaufmannseigenschaft aus und sieht die Rechtsfolge des § 5 HGB darin, daß für den Rechtsverkehr die Notwendigkeit einer kaufmännischen Einrichtung fingiert und daß der Eingetragene bis zur Löschung der unzutreffenden Handelsregistereintragung wie ein Vollkaufmann behandelt wird. Danach soll sich die Umwandlung zur GbR trotz bestehender Handelsregistereintragung vollziehen, die Gesellschaft aber bis zur Löschung der Eintragung weiterhin Dritten gegenüber und auch im Verhältnis der Gesellschafter untereinander als OHG/KG gelten ¹²⁴⁾ .

Im Ergebnis dürfte aus folgenden Gründen der - bisher kaum näher begründeten - herrschenden Meinung zu folgen sein:

Einen ersten Angriffspunkt gegen seine Auffassung deutet Schmidt selbst an, der mit der insoweit einhelligen Meinung ebenfalls den Wirkungsbereich des § 5 HGB auf das Privatrecht beschränkt, diese Vorschrift also im Steuer-, Verwaltungs- und Strafrecht sowie insbesondere gegenüber dem Registergericht - das ja notfalls zwangsweise die Löschung der Eintragung veranlassen muß - für unbeachtlich hält. Wegen dieses eingeschränkten Wirkungsbereichs

123) GroßKo-Fischer, § 105, Anm. 16; Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 5, Rdn. 9; Hofmann, B, IV, 1, S. 56; Harms, Fall 6, S. 48; Brox, § 6, I, 3a, Rdn. 91.

124) GroßKo-Fischer, § 105, Anm. 14 und 16.

soll § 5 HGB nach seiner Ansicht nur eine "relative Kaufmannseigenschaft" verleihen ¹²⁵⁾. Es fehlen jedoch Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber durch § 5 HGB neben den normalen oder besser "absoluten Kaufleuten" noch "relative Kaufleute" schaffen wollte ¹²⁶⁾. Gegen die Ansicht von Schmidt spricht insbesondere, daß es zu der von ihm unterstellten Zuerkennung der Kaufmannseigenschaft kommen soll, ohne daß dabei in irgendeiner Weise an das von dem Eingetragenen ausgeübte Gewerbe angeknüpft wird. Eine nähere Betrachtung der Gesetzesvorschriften, die die Zuerkennung der Kaufmannseigenschaft ausdrücklich regeln, läßt deutlich werden, daß der Gesetzgeber grundsätzlich von einem Kaufmann den Betrieb eines Handelsgewerbes verlangt. Diesen Grundsatz enthält § 1 Abs. 1 HGB, wobei in § 1 Abs. 2 HGB die Handelsgewerbe abschließend aufgezählt sind.

Für alle anderen Gewerbearten regeln die §§ 2, 3 HGB die Voraussetzungen, unter denen diese als Handelsgewerbe gelten können, nämlich die Erforderlichkeit eines kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetriebes sowie die Eintragung im Handelsregister. Wesentlich ist dabei - als ein Merkmal des Gewerbebetriebes - die Notwendigkeit einer kaufmännischen Einrichtung. Wenn der Unternehmer, dem die Kaufmannseigenschaft zuerkannt werden soll, schon kein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB betreibt, dann soll sein Gewerbebetrieb wenigstens so gestaltet sein, daß er den Geschäftsbetrieb eines (Voll-)Kaufmanns benötigt. Erst wenn dieses nach amtlicher Prüfung durch

125) DB 1972, 959 (1961).

126) Vgl. die Materialien zum HGB bei Hahn-Mugdan, S. 202/203; GroßKo-Bruggemann, § 5, Rdn. 7.

das Registergericht im Wege der Eintragung im Handelsregister nach außen dokumentiert wird, kann auch ein solcher Gewerbetreibender die Kaufmannseigenschaft erlangen.

Auch der Minderkaufmann im Sinne des § 4 Abs. 1 HGB, für den nur ein Teil der für den Kaufmann bestimmten Sonderregeln gilt, muß eines der Handelsgewerbe des § 1 Abs. 2 HGB betreiben. Das ist zwar so in § 4 Abs. 1 HGB nicht ausdrücklich bestimmt - dort ist nur allgemein von Gewerbebetrieb die Rede -, ergibt sich aber aus dem Regelungszusammenhang der §§ 1 bis 4 HGB ¹²⁷⁾. Wessen Geschäfte dem Katalog des § 1 Abs. 2 HGB nicht unterfallen, kann nur unter den Voraussetzungen der §§ 2, 3 HGB, das heißt also nur bei Notwendigkeit einer kaufmännischen Einrichtung zum Kaufmann werden. Ansonsten ist er überhaupt kein Kaufmann. Wer eines der Handelsgewerbe des § 1 Abs. 2 HGB betreibt, ist nach § 1 Abs. 1 HGB Kaufmann, und zwar entweder Vollkaufmann oder bei fehlender Notwendigkeit einer kaufmännischen Einrichtung Minderkaufmann.

Die Handelsgesellschaften werden nach § 6 Abs. 1 HGB dem Recht der Kaufleute unterstellt. Bei OHG und KG ergibt sich das zwangsläufig daraus, daß diese Gesellschaften ein Handelsgewerbe betreiben (§§ 105 Abs. 1, 161 Abs. 1 HGB).

Anders verhält es sich bei AG, KGaA, GmbH und eG, die ohne Rücksicht auf die Art ihres Gewerbebetriebes oder ihres anderweitigen Gesellschaftszwecks Handelsgesellschaften und damit gemäß § 6 Abs. 1 HGB Kaufleute sind. Hier weicht der Gesetzgeber von dem Grundsatz, daß ein Kaufmann ein Handelsgewerbe betreiben soll, ab. Dafür wird in diesen

127) Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 4, Rdn. 3; Baumbach-Duden-Hopt, § 4, Bem. 1, A.

Fällen jedoch die Kaufmannseigenschaft ausdrücklich gesetzlich angeordnet, und zwar durch §§ 3, 278 Abs. 3 AktG bzw. § 13 Abs. 3 GmbHG jeweils in Verbindung mit § 6 Abs. 1 HGB sowie durch § 17 Abs. 2 GenG.

Anknüpfungspunkt für die Zuerkennung der Kaufmannseigenschaft ist für den Gesetzgeber also der Betrieb eines Handelsgewerbes oder ein Gewerbebetrieb, der eine kaufmännische Einrichtung verlangt und deshalb als Handelsgewerbe gelten kann. In allen anderen Fällen wird die Kaufmannseigenschaft ausdrücklich durch eine Gesetzesvorschrift angeordnet. Alleiniger Anknüpfungspunkt für die Rechtsfolgen des § 5 HGB hingegen ist die im Handelsregister eingetragene Firma ohne Rücksicht auf das von dem Firmeninhaber betriebene Gewerbe. Die Vorschrift enthält keine ausdrückliche Zuerkennung der Kaufmannseigenschaft. Demnach kann die Ansicht Schmidt's, § 5 HGB erkläre den Eingetragenen kraft (noch) bestehender Handelsregistereintragung zum Vollkaufmann, auch im Hinblick auf die die Zuerkennung der Kaufmannseigenschaft regelnden Gesetzesvorschriften nicht überzeugen.

Nach alledem bleibt festzustellen, daß es auch in den Fällen 1 und 3, in denen die Gesellschaft als KG im Handelsregister eingetragen ist, bei Wegfall der Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung zur Umwandlung der KG in eine GbR kommt.

2) Ebenso wie bei der "Typenverfehlung" (Fall 4) ¹²⁸⁾ stellt sich auch bei der nachträglichen Umwandlung der KG zur GbR (Fälle 1 bis 3) die Frage, ob diese Umwandlung der Gesellschaftsform ohne einen ent-

128) Vgl. oben I, 2.

sprechenden Willen der Gesellschafter erfolgen kann. Auch in diesen Fällen halten Lieb ¹²⁹⁾ und Battes ¹³⁰⁾ im Zusammenhang mit einem möglichen Rechtsformwechsel der Gesellschaft den Willen der Gesellschafter für beachtlich. Nach Lieb soll zur Umwandlung der Gesellschaftsform grundsätzlich eine bewußt rechtsgestaltende Erklärung der Gesellschafter erforderlich ¹³¹⁾, wenn diese fehlt, die Umwandlung bei analoger Anwendung von § 140 BGB nur bei einem entsprechenden hypothetischen Willen der Gesellschafter möglich sein ¹³²⁾. Nach Battes soll die Gesellschaft von dem Eintritt der tatsächlichen Veränderungen an, die zum Rechtsformwechsel führen, als fehlerhafte Gesellschaft behandelt werden, wenn der Rechtsformwechsel dem Willen eines oder mehrerer Gesellschafter widerspricht ¹³³⁾.

Die Problematik stellt sich bei der nachträglichen Umwandlung der Gesellschaftsform nicht anders als bei der "Typenverfehlung" dar. Deshalb geht die herrschende Meinung ¹³⁴⁾ auch mit der gleichen Begründung davon aus, daß der Wechsel der Gesellschaftsform völlig unabhängig von dem Willen der Gesellschafter erfolgt. Dieser herrschenden Meinung wird aus den bereits oben ¹³⁵⁾ dargelegten Gründen zu folgen sein. Der Typenzwang im Gesell-

129) Ehegattenmitarbeit, S. 32 ff.

130) AcP 174, 429 ff.

131) A.a.O., S. 35.

132) A.a.O., S. 36/37.

133) A.a.O., S. 463.

134) GroßKo-Fischer, § 105, Anm. 14; ders. Anmerkung zu BGHZ 22, 240 bei LM, § 105 HGB, Nr. 12; MünchKomm-Ulmer, § 705, Rdn. 9 und 21; BGHZ 32, 307 (310); Schmidt, OHG, S. 166 ff.

135) Siehe I, 2, b.

schaftsrecht bewirkt eine automatische Zuordnung des gesellschaftlichen Zusammenschlusses zu der jeweils zulässigen Gesellschaftsform, die der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter in jeder Hinsicht entzogen ist. Ob und in welcher Weise den Gesellschaftern, die die neue Gesellschaftsform nicht akzeptieren wollen, eine Möglichkeit zu gewähren ist, sich vorzeitig und unter erleichterten Voraussetzungen von der in der neuen Rechtsform nicht gewollten Gesellschaft zu lösen, soll hier zunächst ungeklärt bleiben, da es sich um eine Folgeproblematik nach erfolgter Umwandlung der Gesellschaft in die neue Rechtsform handelt ¹³⁶⁾.

III.

Ergebnis zu § 4:

Die nicht vollkaufmännische Schein-KG ist in Wirklichkeit eine GbR. Ihre Entstehung als bzw. Umwandlung in eine GbR erfolgen automatisch und ohne Berücksichtigung des Willens der Gesellschafter. Für die wirkliche Rechtsform der Gesellschaft ist die Eintragung im Handelsregister als KG unbeachtlich. Hinsichtlich Gesellschafterbestand und Gesellschaftsvermögen ist die GbR mit der ehemaligen KG identisch. Die Rechtsformänderung macht jedoch gegebenenfalls eine Berichtigung des Grundbuchs erforderlich.

136) Vgl. unten § 8, II.

§ 5

EINFLUSS DER RECHTSFORMÄNDERUNG BZW. TYPENVER-
FEHLUNG AUF DIE RECHTSSTELLUNG DER GESELLSCHAFT

I.

Haftung des Gesellschaftsvermögens

Da die nicht vollkaufmännische Schein-KG in Wirklichkeit eine GbR ist, entfällt möglicherweise die Geltung der §§ 161 Abs. 2, 124 HGB mit der Entstehung der Schein-KG. Es stellt sich damit die Frage nach den Regelungen für die Haftung dieser Gesellschaft mit dem Gesellschaftsvermögen.

1) Zur Beantwortung dieser Frage soll vorab ein Vergleich angestellt werden zwischen KG und GbR hinsichtlich der Haftung der Gesellschaften mit ihrem Gesellschaftsvermögen.

a) Die KG haftet gem. §§ 161 Abs. 2, 124 Abs. 1 HGB für alle unter ihrer Firma eingegangenen Verbindlichkeiten.

aa) Das HGB unterscheidet deutlich zwischen Verbindlichkeiten der Gesellschaft (§ 124 HGB) und der persönlichen Haftung der Gesellschafter für diese Verbindlichkeiten der Gesellschaft (§ 128 HGB). Die Verbindlichkeiten der Gesellschaft richten sich gegen das Gesellschaftsvermögen. Daneben kommt gem. § 128 HGB auch eine persönliche Haftung des Gesellschafters mit seinem - von dem Gesellschaftsvermögen zu unterscheidenden - Privatvermö-

gen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft in Betracht. Hier geht es zunächst nur um die Haftung der Gesellschaft mit dem Gesellschaftsvermögen.

bb) Damit sind zunächst alle Verbindlichkeiten gemeint, die durch unter der Firma der KG abgeschlossene Rechtsgeschäfte entstanden sind. Diese Rechtsgeschäfte hat die KG zu erfüllen, und zwar durch die für sie handelnden geschäftsführenden Gesellschafter oder sonstige dazu von ihr eingeschaltete Personen.

Werden dabei vertragliche Verpflichtungen gegenüber einem Gesellschaftsgläubiger schuldhaft verletzt, fragt sich, ob und wie das schuldhafte Verhalten der geschäftsführenden Gesellschafter oder der sonstigen Hilfspersonen der Gesellschaft zugerechnet wird. Als Zurechnungsnormen kommen § 278 BGB und § 31 BGB in Betracht.

Bei schuldhaftem Verhalten von Gesellschaftern im Rahmen ihrer Geschäftsführungstätigkeit nimmt die herrschende Meinung ¹³⁷⁾ eine Verschuldenszurechnung analog § 31 BGB vor. Diese Auffassung wird mit der Annäherung von OHG und KG an eine juristische Person angesichts ihrer weitgehenden Selbständigkeit im Rechtsverkehr begründet. Die Möglichkeit, sich wie eine juristische Person am Rechtsverkehr beteiligen zu können, erfordert eine eigene Handlungsfähigkeit der Gesellschaft im Rechtsverkehr. Die geschäftsführenden Gesellschafter "repräsentieren" die OHG/KG im Rechtsverkehr ¹³⁸⁾, werden als deren

137) BGH, NJW 1952, 537 (538); Westermann, Handbuch, Rdn. 343; Reinhardt/Schultz, Rdn. 122; Hueck, Gesellschaftsrecht, § 15, I, 3, S. 110; Beuthien, DB 1975, 725 m.w.N.
138) Westermann, Handbuch, Rdn. 343.

"Organe" tätig ¹³⁹⁾ und sind deshalb den Vorstandsmitgliedern oder anderen verfassungsmäßig berufenen Vertretern eines Vereins im Sinne der §§ 26, 31 BGB gleichzustellen. Deshalb ist die analoge Anwendung von § 31 BGB auf OHG/KG heute nicht mehr umstritten.

Umstritten ist jedoch der Bereich, in dem § 31 BGB analog zur Anwendung kommen soll. Nach der herrschenden Meinung ¹⁴⁰⁾ erfaßt § 31 BGB alle Haftungsgründe, die auch bei der zum Schadensersatz verpflichtenden Handlung jeder natürlichen Person gelten würden, d.h. also auch vertragliche Schadensersatzverpflichtungen. Die Gegenmeinung ¹⁴¹⁾ will § 31 BGB nur im "nichtrechtsgeschäftlichen" oder "außerkontraktlichen" Bereich anwenden und bei rechtsgeschäftlich begründeter Haftung eine Zurechnung über § 278 BGB vornehmen. Diese Meinung sieht den Vereinsvorstand im Hinblick auf § 26 Abs. 2 Satz 1 BGB als gesetzlichen Vertreter im Sinne des § 278 Satz 1, 1. Fall BGB. Damit wird die Rechtsstellung des Vereinsvorstandes nicht zutreffend beurteilt. Die juristische Person - auch die ihr angenäherte OHG/KG - handelt durch ihre Organe selbst ¹⁴²⁾, so daß beim Tätigwerden der Organe ein für die Anwendung des § 278 BGB

139) BGH a.a.O.; Beuthien, a.a.O., 726.

140) Enneccerus-Nipperdey, BGB AT, § 110, II, 1, Fußn. 17; Palandt-Heinrichs, § 31, Bem. 1, b; Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 31, Rdn. 6; Erman-Westermann, § 31, Rdn. 6.

141) Staudinger-Coing, § 31, Rdn. 3; wohl auch Heymann-Kötter, § 126, Bem. 2.

142) BGH, LM, Nr. 13 zu § 31 BGB; Palandt-Heinrichs, § 26, Bem. 1, a; "Organtheorie" im Unterschied zu "Vertretertheorie", siehe Hinweise bei Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 26, Rdn. 3, sowie Staudinger-Coing, § 31, Rdn. 2.

erforderliches Fremdhandeln nicht festgestellt werden kann ¹⁴³⁾. § 278 BGB regelt die Haftung für fremdes Verschulden, während der Gesetzgeber mit § 31 BGB in Parallele zur Haftung natürlicher Personen die Eigenhaftung der juristischen Personen statuieren wollte ¹⁴⁴⁾. Im übrigen heißt es in § 26 Abs. 2 Satz 1, 2. Halbs. BGB nicht "ist gesetzlicher Vertreter", sondern "hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters". Aus diesen Gründen haftet die KG analog § 31 BGB für alle zum Schadensersatz verpflichtenden Handlungen ihrer geschäftsführenden Gesellschafter bei Ausübung der Geschäftsführertätigkeit und damit auch im rechtsgeschäftlichen Bereich. Das gilt auch für die im vorvertraglichen Bereich entstandenen Ansprüche Dritter aus culpa in contrahendo. Wenn die Gesellschaft im Rahmen ihrer rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen nicht ihre geschäftsführungsbefugten und vertretungsberechtigten Gesellschafter einsetzt, sondern sich anderer Hilfspersonen bedient, haftet sie bei Fremdverschulden dieser Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB ¹⁴⁵⁾.

cc) Für unerlaubte Handlungen, die Gesellschafter bei Ausübung und im Rahmen ihrer Geschäftsführertätigkeit begehen, haftet die KG mit dem Gesellschaftsvermögen analog § 31 BGB. Das kann heute als allgemein anerkannte Auf-

143) Beuthien, DB 1975, 725; Enneccerus-Nipperdey, BGB AT, § 110, II, 1, Fußn. 17.

144) Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 31, Rdn. 6.

145) Beuthien, DB 1975, 725 (726).

fassung angesehen werden ¹⁴⁶⁾.

Eine entsprechende Haftung des Gesellschaftsvermögens der KG analog § 31 BGB tritt auch bei unerlaubten Handlungen von Kommanditisten ein, die durch gesellschaftsvertragliche Übertragung von Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnissen - in Abweichung von §§ 164, 170 HGB - zu verfassungsmäßig berufenen Vertretern der KG im Sinne von § 31 BGB geworden sind ¹⁴⁷⁾.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, bei analoger Anwendung von § 31 BGB solle die OHG/KG sogar für Delikte von Nichtgesellschaftern haften, wenn diese angesichts des ihnen durch Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschuß zugeordneten Aufgaben- und Tätigkeitsbereichs "bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der Gesellschaft eigenverantwortlich" wahrnehmen und so die Gesellschaft "repräsentieren" ¹⁴⁸⁾. Das überzeugt im Hinblick auf die verfassungsmäßige Festlegung der Funktionen und Aufgaben dieser Nichtgesellschaftler, die so als "andere verfassungsmäßig berufene Vertreter" im Sinne des § 31 BGB anzusehen sind ¹⁴⁹⁾.

146) So Hueck, OHG, § 19, IV, S. 274; im übrigen: BGH, NJW 1953, 537 (538); GroßKo-Fischer, § 124, Anm. 6 iVm § 126, Anm. 22 f.; Baumbach-Duden-Hopt, § 124, Bem. 3, B; Westermann, Handbuch, Rdn. 343; Reinhardt/Schultz, Rdn. 122; Palandt-Heinrichs, § 31, Bem. 1, c.

147) Westermann, Handbuch, Rdn. 866.

148) Baumbach-Duden-Hopt, § 124, Bem. 3, B; GroßKo-Fischer, § 126, Anm. 25 für den iS von § 25 Abs. 3 HGB gesamtvertretungsberechtigten Prokuristen; insoweit ablehnend Hueck, OHG, § 19, IV, Fußn. 20, S. 275/276.

149) Das betont insbes. Fischer a.a.O., dem Westermann, Handbuch, Rdn. 343 offensichtlich zustimmt.

Für unerlaubte Handlungen anderer für die Gesellschaft tätige Personen einschließlich der von Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter haftet die KG nur im Rahmen und unter den Voraussetzungen des § 831 BGB mit dem Gesellschaftsvermögen ¹⁵⁰⁾.

dd) Die OHG/KG kann auch Schuldner aller aufgrund tatsächlicher Vorgänge gesetzlich entstehender Ansprüche werden ¹⁵¹⁾, z.B. bei ungerechtfertigter Bereicherung des Gesellschaftsvermögens aus §§ 812 ff. BGB ¹⁵²⁾, Geschäftsführung ohne Auftrag u.s.w.

Auch Ansprüche aus Gefährdungshaftung können sich gegen die OHG/KG richten, z.B. als Kfz-Halter aus § 7 StVG ¹⁵³⁾.

ee) Aus Gründen der Vollständigkeit seien noch folgende weitere mögliche Gesellschaftsverbindlichkeiten der KG erwähnt:

Nach § 641 RVO kann die KG wie ein Unternehmer nach Maßgabe des § 640 RVO bei Arbeitsunfällen haften.

Gem. §§ 5 Abs. 1, Satz 3, 2 Abs. 2, Nr. 1 GewStG ist die KG Schuldnerin der Gewerbesteuer ¹⁵⁴⁾. Die Einkommen-

150) GroßKo-Fischer, § 126, Anm. 27, 28; Westermann, Handbuch, Rdn. 344; Hueck, OHG, § 19, IV, S. 275/276; Baumbach-Duden-Hopt, § 124, Bem. 3, B; Beuthien, DB 1975, 725 (727).

151) GroßKo-Fischer, § 124, Anm. 6; Westermann, Handbuch, Rdn. 344.

152) Reinhardt/Schultz, Rdn. 124; Baumbach-Duden-Hopt, a.a.O.

153) Reinhardt/Schultz, a.a.O.; Westermann, a.a.O.

154) Reinhardt/Schultz, Rdn. 124 gehen noch von der alten, bis 31.12.1976 gültigen Gesetzeslage aus; zur Neufassung von § 5 Abs. 1, Satz 2 GewStG siehe Muthling/Fock, § 5, Rdn. 6, 7.

steuer hingegen trifft die Gesellschafter persönlich. Das gilt auch für die Vermögenssteuer, da § 1 Abs. 1, Nr. 2 VStG die Handelsgesellschaften des HGB nicht erwähnt und die dortige Aufzählung von Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, die unmittelbar vermögenssteuerpflichtig sind, abschließend ist¹⁵⁵⁾. Geldbußen oder Straf gelder können auch gegen eine Personengesellschaft verhängt werden, wenn das in dem derartige Maßnahmen regelnden Gesetz vorgesehen ist¹⁵⁶⁾. Die OHG/KG kann schließlich auch Adressat anderer öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen sein, z.B. im Bereich des Polizei- und Ordnungsrechts¹⁵⁷⁾.

ff) Gem. § 6 Abs. 1 HGB gelten für die Haftung des Gesellschaftsvermögens der KG die Sonderregeln der §§ 343 ff. HGB.

gg) Prozessual lassen sich die Ansprüche gegen die KG durchsetzen, wobei diese - und nicht etwa die Gesellschafter - verklagt wird (§§ 161 Abs. 2, 124 Abs. 1 HGB). Ein so gegen die Gesellschaft erzielter Titel ermöglicht die Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen der KG (§§ 161 Abs. 2, 124 Abs. 2 HGB).

b) Die Haftungssituation bei einer GbR ist wesentlich unklarer als bei einer KG. Sehr viele Einzelfragen in diesem Zusammenhang sind umstritten und werden

155) Rössler/Troll/Langner, § 1 VStG, Rdn. 69.

156) Vgl. OLG Hamm, BB 1960, 880 mwN.

157) Baumbach-Duden-Hopt, § 124, Bem. 4, E.

seit einiger Zeit diskutiert ¹⁵⁸⁾. Eine detaillierte Auseinandersetzung mit dem gesamten Problemkreis würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen und von dem eigentlichen Thema zu weit wegführen.

Zu den wichtigsten Problemen der Haftung der GbR mit dem Gesellschaftsvermögen soll jedoch wie folgt Stellung genommen werden:

aa) Da den §§ 124, 128 HGB entsprechende Vorschriften im Recht der GbR fehlen und § 736 ZPO im Gegensatz zu § 124 Abs. 2 HGB für die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einen Titel gegen alle Gesellschafter verlangt, stellt sich zunächst die Frage, ob es überhaupt Gesellschaftsschulden der GbR gibt, die sich von den privaten Schulden ihrer Gesellschafter unterscheiden.

Buchner ¹⁵⁹⁾ und Huber ¹⁶⁰⁾ halten die Annahme von Gesellschaftsschulden zumindest im Außenverhältnis, d.h. im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern, für nicht zutreffend, da es sich in jedem Fall immer um gemeinschaftliche Schulden der GbR-Gesellschafter handele ¹⁶¹⁾. Allein für das Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern sei von Bedeutung, ob letztlich das Gesellschaftsvermögen oder das Privatvermögen der Gesellschafter belastet werden soll. Nicht ganz unberechtigt erscheint

158) Vgl. die umfassende Darstellung bei Nicknig, "Die Haftung der Mitglieder einer BGB-Gesellschaft für die Gesellschaftsschulden".

159) AcP, 169, 483 (490).

160) S. 86/87.

161) So wohl auch BGHZ 23, 307 (313/314) unter Hinweis auf die fehlende Rechtspersönlichkeit der GbR.

diese Auffassung insoweit, als wegen des Fehlens einer dem § 124 HGB entsprechenden Vorschrift im Recht der GbR nicht von Schulden der Gesellschaft die Rede sein sollte, sondern besser von Schulden der Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit, für die das Gesellschaftsvermögen haftet ¹⁶²⁾. Häufig werden diese Verbindlichkeiten als Gesamthandsverbindlichkeiten bezeichnet im Unterschied zu Gesellschafterverbindlichkeiten, die sich gegen das Privatvermögen der Gesellschafter richten ¹⁶³⁾. Diese Unterscheidung hat jedoch entgegen Buchner und Huber auch für das Außenverhältnis Bedeutung. Das Gesetz erkennt mehrfach das Gesellschaftsvermögen als "objektive Einheit auch nach außen" ¹⁶⁴⁾ an. Das wird insbesondere deutlich durch das Aufrechnungsverbot des § 719 Abs. 2 BGB ¹⁶⁵⁾ sowie die ausdrückliche Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen in § 641 Satz 3 RVO. Zudem ist die Möglichkeit für die GbR-Gesellschafter, mit Dritten eine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen zu vereinbaren, unbestritten. Lipp ¹⁶⁶⁾ erkennt zwar das Gesellschaftsvermögen als ein von dem Privatvermögen der Gesellschafter zu unterscheidendes Haftungsobjekt an. Er sieht aber unter

162) So die herrschende Meinung, insbes.: Larenz, SchuldR-BT, § 60, IV, c, S. 392; Blomeyer, JR 1971, 397 (402); Beuthien, DB 1975, 725 (728); Nicknig, S. 6/7; Kornblum, BB 1970, 1445.

163) MünchKomm-Ulmer, § 714, Rdn. 20 ff. mwN.

164) So Staudinger-Keßler, § 718, Rdn. 8.

165) Darauf weisen insbes. hin: Staudinger-Keßler, a.a.O.; Nicknig, S. 6; Ulmer, Festschrift Fischer, S. 785 (791); Eisenhardt, Rdn. 33.

166) In BB 1982, 74 ff.

Hinweis darauf, daß die jeweilige Verpflichtung immer den Gesellschafter persönlich treffe - sei es als Privatperson, sei es als Mitglied der Gesamthand -, keinen Grund für eine Unterscheidung zwischen Gesamthands- und Gesellschafterverbindlichkeit. Werde bei Eingehung einer Verbindlichkeit im Namen der GbR gehandelt, entstehe nur "die eine Verpflichtung" der einzelnen Gesellschafter, allerdings mit der Möglichkeit, den Haftungsumfang auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken ¹⁶⁷⁾. Diese Sichtweise verkennt, daß neben dem einzelnen Gesellschafter auch die Gesamthand als solche verpflichtet werden kann. Das wird bei der Realisierung einer Verbindlichkeit im Wege der Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen angesichts des § 736 ZPO deutlich. Danach ist nämlich - auch im Hinblick auf § 719 Abs. 1 BGB - der Zugriff auf Anteile eines einzelnen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen nicht zulässig. Der zwangsweise Zugriff erfolgt vielmehr so, daß der einzelne Gegenstand der Einheit aller Gesamthänder entzogen wird ¹⁶⁸⁾.

bb) Zur Erfüllung vertraglich im Namen der GbR rechtsgeschäftlich eingegangener Verbindlichkeiten sind nach alledem - unabhängig von einer möglichen Privatverpflichtung jedes einzelnen Gesellschafters - in jedem Fall die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit verpflichtet ¹⁶⁹⁾. Dabei kann hier ungeklärt bleiben, ob man mit einer sich zunehmend verbreitenden Auffassung die GbR-Gesellschafter in ihrer gesamthänderi-

167) Lipp, a.a.O., 76.

168) Blomeyer, JR 1971, 397 (402).

169) Larenz, SchuldR-BT, § 60, IV, c, S. 392.

schen Verbundenheit als von den einzelnen Gesellschaftern verselbständigt, teilrechtsfähiges Zuordnungsojekt gemeinschaftlicher Rechte und Pflichten betrachtet ¹⁷⁰⁾ oder aber nur als Träger des von ihrem Privatvermögen abgesonderten Gesellschaftsvermögens ohne personenrechtliche Bezüge ¹⁷¹⁾. Wenn ein geschäftsführender Gesellschafter in Ausübung von Geschäftsführungstätigkeit für die GbR schuldhaft Vertragsverletzungen begeht, soll nach einhelliger Auffassung eine Verschuldenszurechnung zu Lasten der Gesamthand möglich sein. Umstritten ist jedoch, in welcher Weise diese Zurechnung erfolgen soll. Die herrschende Meinung ¹⁷²⁾ sieht den handelnden Gesellschafter als Erfüllungsgehilfen der gesamthänderisch verbundenen Gesellschafter an und rechnet deshalb dessen Verhalten gemäß § 278 BGB der Gesamthand zu. Beuthien ¹⁷³⁾ rechnet der Gesamthand das Verschulden des geschäftsführenden Gesellschafters gem. § 31 BGB analog zu. Wenn man zu Recht im Falle deliktischen Verhaltens geschäftsführender Gesellschafter eine Verschuldenszurechnung gem. § 31 BGB analog bejaht ¹⁷⁴⁾, kann die Auffassung Beuthien's nur als über-

170) So Reinhardt/Schultz, Rdn. 81; Hoffmann, NJW 1969, 724 (725); MünchKomm-Ulmer, § 714, Rdn. 6 sowie insbes. Flume, Festschrift Westermann, S. 119, 120, der deshalb sogar die Gesellschaft als Schuldner bezeichnet.

171) Larenz, SchuldR-BT, § 60, IV, c, S. 396; Eisenhardt, Rdn. 33.

172) MünchKomm-Ulmer, § 718, Rdn. 35; Palandt-Thomas, § 714, Bem. 3, d; Nicknig, S. 12/13; Flume, Festschrift Westermann, S. 119 (125); Fischer, GbR, S. 68; Medicus, Rdn. 794.

173) In DB 1975, 725 (729/730); auch Soergel-Hadding, § 718, Rdn. 22; Lindacher, JuS 1981, 818 (820).

174) Siehe dazu unten I, 1, b, cc.

zeugende Konsequenz für den Bereich der Vertragsverletzungen beurteilt werden. Sieht man den geschäftsführenden Gesellschafter als Organ der Gesamthand an, liegt auch bei Vertragsverletzungen in Ausübung geschäftsführender Tätigkeit kein Fremdhandeln für, sondern ein Eigenhandeln der Gesamthand vor. Die ausschließlich Fremdverschulden erfassende Vorschrift des § 278 BGB ist bei dieser Betrachtungsweise nicht anwendbar ¹⁷⁵⁾. Es besteht also für eine analoge Anwendung des § 31 BGB durchaus ein Bedürfnis ¹⁷⁶⁾.

Schuldhaftes Vertragsverletzungen anderer für die GbR im Rahmen rechtsgeschäftlicher Verpflichtungen tätiger Hilfspersonen werden gem. § 278 BGB der Gesamthand zugerechnet.

Die vorstehenden Ausführungen gelten auch für im vorvertraglichen Bereich entstehende Ansprüche Dritter aus culpa in contrahendo.

cc) Umstritten ist, ob und wie die GbR-Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit für deliktisches Verhalten der GbR-Geschäftsführer oder anderer Hilfspersonen bei Ausübung geschäftsführender Tätigkeit für die GbR haften.

Unerlaubte Handlungen eines oder einiger geschäftsführungsbefugter Gesellschafter bei der Geschäftsführung sollen nach der Rechtsprechung und einem sich dieser an-

175) Beuthien, a.a.O., 729.

176) Verneinend insoweit Nicknig, S. 12;
MünchKomm-Ulmer, § 718, Rdn. 35.

schließenden Teil der Literatur ¹⁷⁷⁾ nur über § 831 BGB der Gesamthand zugerechnet werden können. Eine Zurechnung scheitert dann meistens daran, daß der geschäftsführende Gesellschafter nicht weisungsgebunden und daher nicht als Verrichtungsgehilfe anzusehen ist. Eine analoge Anwendung von § 31 BGB soll im Gegensatz zur OHG/KG nach dieser Auffassung bei einer GbR nicht in Betracht kommen, da diese "zu wenig körperschaftlich organisiert" sei, "als daß man die für sie handelnden Gesellschafter als ihre Organe bezeichnen könnte" ¹⁷⁸⁾, und die GbR nicht selbständig im Rechtsverkehr auftrete ¹⁷⁹⁾. Die nach meiner Ansicht überzeugende Gegenmeinung wendet in diesen Fällen § 31 BGB analog an und rechnet das deliktische Verhalten der Gesamthand zu ¹⁸⁰⁾. Zur Begründung dieser Analogie bedarf es nicht einer körperschaftlichen Verfassung der Gesamthand und auch nicht der Annahme einer Teilrechtsfähigkeit der GbR ¹⁸¹⁾. Der we-

177) BGHZ 45, 311 (313); Staudinger-Keßler, § 713, Rdn. 17; RGRK/BGB-v. Gamm, § 718, Rdn. 9; Erman-Schulze-Wenck, § 714, Rdn. 5; Palandt-Heinrichs, § 31, Bem. 1, c; Palandt-Thomas, § 714, Bem. 3, d; MünchKomm-Reuter, § 31, Rdn. 11; wohl auch Lipp, BB 1982, 74 (78) und Fischer, GbR, S. 68.

178) So BGHZ 45, 311 (312).

179) Erman-Schulze-Wenck, § 714, Rdn. 5.

180) Fabricius, 6. Kap., B, IV, 2., S. 114/115; MünchKomm-Ulmer, § 705, Rdn. 190; Flume, Festschrift Westermann, S. 119 (124) und (142); Larenz, SchuldR-BT, § 60, IV, c, S. 400; Reinhardt/Schultz, Rdn. 81; Schmidt, GesellschR, § 60, II, 4, S. 1340 f.; Eisenhardt, Rdn. 35; Nicknig, S. 43; Kornblum, Haftung der Gesellschafter, S. 46; Beuthien, DB 1975, 773 (775); Nitschke, NJW 1969, 1737 (1738); Medicus, Rdn. 795; Sellert, AcP 175, 77 (105 f.).

181) Darauf stellt insbes. MünchKomm-Ulmer, § 705, Rdn. 218 ab.

sentliche Grund für die analoge Anwendung des § 31 BGB auch auf die GbR ergibt sich aus dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift. Danach soll eine Körperschaft, die durch die Vertretung Vorteile daraus zieht, selbständig im Rechtsverkehr auftreten zu können, auch mit ihrem Vermögen einstehen, wenn bei der Vertretung Schäden verursacht werden ¹⁸²⁾. Dieser Grundgedanke läßt sich immer dann anwenden, wenn ein Sondervermögen durch eigene Organe verwaltet wird ¹⁸³⁾. Daß die GbR über ein nach außen verselbständigtes Sondervermögen - nämlich das den Gesellschaftern gesamthänderisch zustehende Gesellschaftsvermögen - verfügt, wurde bereits oben dargelegt ¹⁸⁴⁾. Fraglich ist die organschaftliche Vertretung der GbR. Daran fehlt es, wenn entsprechend § 709 Abs. 1 BGB die Geschäftsführung allen Gesellschaftern gemeinsam obliegt, da dann das Element der Repräsentanz des Sondervermögens durch eine eigene Verwaltung nicht feststellbar ist. Eine analoge Anwendung des § 31 BGB kommt in diesen Fällen nicht in Betracht ¹⁸⁵⁾. Es bedarf hier aber auch keiner Zurechnung deliktischen Verhaltens, da ohnehin alle Gesellschafter gemeinsam gem. §§ 823, 830 Abs. 1, 840 Abs. 1 BGB als Gesamtschuldner haften und über § 736 ZPO bei einem Titel gegen alle Gesellschafter

182) Beuthien, DB 1975, 725 (729) und Nicknig, S. 42 jeweils unter Hinweis auf Motive I, S. 102/103 zu § 46, E I, dem späteren § 31 BGB.

183) Fabricius, 6. Kap., B, IV, 2., S. 114; Larenz, SchuldR-BT, § 60, IV, c, S. 400; Nicknig, S. 42.

184) Vgl. oben I, 1, b, aa).

185) Sellert, AcP 175, 77 (104); Beuthien, DB 1975, 725 (729); Nicknig, S. 43; MünchKomm-Ulmer, § 705, Rdn. 219; Medicus, Rdn. 795; Schmidt, GesellschR, § 60, d II, 4, S. 1340 f.

eine Zugriffsmöglichkeit auf das Gesellschaftsvermögen besteht ¹⁸⁶⁾. Vergleichbar mit den satzungsmäßig berufenen Vereinsorganen sind jedoch ein oder mehrere Gesellschafter, denen entsprechend § 710 BGB die Geschäftsführung übertragen ist. Die Zuständigkeit dieser geschäftsführenden Gesellschafter ergibt sich aus dem Gesellschaftsvertrag, der mit einer Vereinssatzung vergleichbare Bedeutung für die Organisation der GbR hat. Es kann dann eine organschaftlich organisierte Verwaltung des Sondervermögens der GbR angenommen ¹⁸⁷⁾ und deliktisches Verhalten eines oder mehrerer Geschäftsführer der Gesamthand gemäß § 31 BGB analog zugerechnet werden. Bei unerlaubten Handlungen anderer für die GbR tätiger Personen, die nicht Organen vergleichbar durch den Gesellschaftsvertrag eingesetzt sind, erfolgt eine Zurechnung unstreitig unter den Voraussetzungen des § 831 BGB. Fraglich ist jedoch, wer als Geschäftsherr dieser Verrichtungsgehilfen angesehen werden kann. Nicknig ¹⁸⁸⁾ sieht als Geschäftsherrn nur den oder die geschäftsführungsbefugten Gesellschafter an, da nur diese den Verrichtungsgehilfen Weisungen erteilen und deren Auswahl treffen. Die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter könne kein Auswahlverschulden treffen und sie könnten auch ansonsten auf die Verrichtungsgehilfen nicht einwirken ¹⁸⁹⁾. Auch Ulmer ¹⁹⁰⁾ rechnet deliktisches Verhalten von Verrichtungsgehilfen

186) Beuthien, DB 1975, 773 (774);
Nicknig, S. 43.

187) Beuthien, DB 1975, 725 (729);
Nicknig, S. 43.

188) S. 52.

189) Nicknig, S. 51.

190) In MünchKomm, § 718, Rdn. 36.

nicht der Gesamthand, sondern nur den geschäftsführenden Gesellschaftern zu, da die Gesamthand als solche nicht schuldfähig sei. Da aber im Regelfall die geschäftsführungsbefugten Gesellschafter ein Verschulden im Sinne von § 831 BGB in ihrer Eigenschaft als Organe der Gesamthand treffe, sei dieses Verschulden der Gesamthand in analoger Anwendung von § 31 BGB zuzurechnen ¹⁹¹⁾. Diesen Auffassungen ist zu entgegen, daß der oder die geschäftsführungsbefugten Gesellschafter ihr Weisungsrecht als Organpersonen und im Interesse aller Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit ausüben, so daß die Gesamthand als Geschäftsherr anzusehen ist ¹⁹²⁾. Das Handeln der Organpersonen ist als Eigenhandeln der Gesamthand anzusehen, so daß diese insoweit zu schuldhafte Handlungen fähig ist ¹⁹³⁾. Zwar fehlt den nicht geschäftsführungsbefugten Mitgesellschaftern in der Tat die Einwirkungsmöglichkeit. Sie haften aber auch nur als Mitglied der Gesamthand mit ihrem "Anteil" am Gesellschaftsvermögen und nicht etwa auch mit ihrem Privatvermögen ¹⁹⁴⁾.

dd) Die GbR-Gesamthand kann schließlich auch aufgrund tatsächlicher Vorgänge Schuldnerin entsprechend

191) Diese Konsequenz deutet auch Beuthien, DB 1975, 773 (776, Fußn. 23 a) an.

192) Kornblum, Haftung, S. 41; Beuthien, a.a.O., 776.

193) Das ist bei OHG und KG, denen wie der GbR die Rechtsfähigkeit fehlt, völlig unbestritten; vgl. oben I, 1, a, cc), Fußn. 150.

194) Vgl. unten § 6, I, 3, b, dd).

gesetzlich entstehender Ansprüche werden, was insbesondere hinsichtlich möglicher Ansprüche aus §§ 812 ff. BGB vielfach ausdrücklich erwähnt wird ¹⁹⁵⁾. Das gilt ebenso hinsichtlich möglicher Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag, sofern man die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als "Geschäftsherrn" ansieht ¹⁹⁶⁾.

Zu möglichen Verpflichtungen aus Gefährdungshaftung, z.B. gem. § 7 StVG oder § 833 BGB, wird die Auffassung vertreten, nur die geschäftsführungsbefugten Gesellschafter, die die tatsächliche Gewalt über das Fahrzeug oder das Tier innehaben, könnten als Fahrzeug- oder Tierhalter angesehen werden. Dann aber sei eine Inanspruchnahme der Gesamthand als Halter ausgeschlossen ¹⁹⁷⁾. Dem ist jedoch zu entgegenen, daß die geschäftsführungsbefugten Gesellschafter die Verfügungsgewalt im Interesse aller Mitglieder der Gesamthand ausüben. Demzufolge muß sich jeder Gesellschafter als Mitglied der Gesamthand den Haltertatsbestand zurechnen lassen mit der Folge, daß alle Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit z.B. als Halter haften können ¹⁹⁸⁾.

-
- 195) Larenz, § 60, IV, c, S. 393 und 399; Flume, Festschrift Westermann, S. 119 (124); Nicknig, S. 58 ff.; Soergel-Hadding, § 714, Rdn. 41 sowie § 718, Rdn. 23; Staudinger-Keßler, § 718, Rdn. 13; RGRK/BGB-v. Gamm, § 718, Rdn. 9; Kornblum, Haftung, S. 46/47; Hoffmann, NJW 1969, 724 (726).
- 196) Nicknig, S. 65; Flume a.a.O., S. 124.
- 197) Nicknig, S. 55/56; Hoffmann, a.a.O., 726; wohl auch Geigel-Kunschert, 25. Kap., Rdn. 21.
- 198) Flume, a.a.O., S. 140; MünckKomm-Ulmer, § 714, Rdn. 44; Soergel-Hadding, § 714, Rdn. 40.

ee) Hinsichtlich steuerrechtlicher Verbindlichkeiten, möglicher Geldbußen oder Straf gelder sowie sonstiger Öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen gelten die obigen Ausführungen zur Haftung der KG¹⁹⁹⁾ auch für die Haftung der Gesamthand in der GbR. In § 641 Satz 3 RVO ist eine auf das Gesellschaftsvermögen beschränkte Haftung der gesamthänderisch verbundenen GbR-Gesellschafter ausdrücklich geregelt.

ff) Wenn die GbR ein minderkaufmännisches Gewerbe betreibt, haftet auch ihr Vermögen nach den Sonderregeln der §§ 343 ff. HGB, allerdings mit Ausnahme der durch § 351 HGB ausgeschlossenen Regelungen der §§ 348-350 HGB.

gg) Im Prozeßrecht zeigen sich deutliche Unterschiede zwischen GbR und KG. Für die GbR fehlt eine dem § 124 Abs. 1 HGB entsprechende Vorschrift. Daraus und aus der fehlenden Rechtsfähigkeit der GbR wird fast einhellig²⁰⁰⁾ zutreffend gefolgert, daß die GbR nicht parteifähig im Prozeß ist. Partei in Prozessen, die von oder gegen eine GbR geführt werden,

199) Vgl. oben I, 1, a, dd).

200) Nicknig, S. 126 und Kornblum, BB 1970, 1445 (1446/1447), beide mit zahlreichen Nachweisen;
a.A. Fabricius, Gedächtnisschrift für R. Schmidt, S. 171 (196/197) und wohl auch Reinhardt/Schultz, Rdn. 86, die jedoch übersehen, daß der Gesetzgeber angesichts der §§ 124 HGB, 50, 735, 736 ZPO die GbR im Unterschied zu OHG/KG und dem nicht rechtsfähigen Verein gerade nicht als parteifähige Personengemeinschaft konzipiert hat.

sind immer alle GbR-Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit.

Dementsprechend verlangt auch § 736 ZPO - im Unterschied zu § 124 Abs. 2 HGB - für die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen der GbR "ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil" 201).

c) Der vorstehende Vergleich hat verdeutlicht, daß das Gesellschaftsvermögen der GbR in gleicher Weise den Gesellschaftsgläubigern haftet wie das der KG. Geringfügige Unterschiede lassen sich hinsichtlich der Geltung der Sonderregeln der §§ 343 ff. HGB feststellen. Im Prozeß und in der Zwangsvollstreckung ergeben sich erhebliche Unterschiede zwischen GbR und KG.

2) Aus dem Vergleich zwischen der Haftung des Gesellschaftsvermögens der GbR und dem der KG ergeben sich für die Haftung des Gesellschaftsvermögens der nicht vollkaufmännischen Schein-KG folgende Feststellungen:

a) Wegen der weitgehend gleichartigen Haftung des Gesellschaftsvermögens in GbR und KG scheint der unbemerkte Rechtsformwechsel bzw. die Typenverfehlung, d.h. die Entstehung einer nicht vollkaufmännischen Schein-KG, in materiell-rechtlicher Hinsicht nicht zu besonderen praktischen Auswirkungen zu führen.

201) Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen aus gerichtlichen Titeln, die gegen das Privatvermögen der Gesellschafter gerichtet sind, siehe unten § 6, I, 3, b, ff).

aa) Solange die Schein-KG (noch) im Handelsregister eingetragen ist - Fälle 1 und 3 ²⁰²⁾ -, gilt sie unter den Voraussetzungen des § 5 HGB weiterhin als KG und es findet im Rahmen des Anwendungsbereichs von § 5 HGB weiterhin KG-Recht Anwendung. Das gilt auch für die §§ 343 ff. HGB, die im Fall 1 ohne § 5 HGB nur eingeschränkt - ohne §§ 348 bis 350 HGB - und für die nicht kaufmännische Schein-KG im Fall 3 gar nicht zur Anwendung kämen.

(1) Anwendungsbereich und Voraussetzungen des § 5 HGB sind umstritten. Sie lassen sich nur unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck dieser Vorschrift zutreffend bestimmen.

Die §§ 1 - 4 HGB bestimmen als wesentliches Merkmal für einen Vollkaufmann den Betrieb eines Gewerbes, das einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Die Feststellung der Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung kann im konkreten Einzelfall äußerst schwierig und umstritten sein ²⁰³⁾.

Vor Einführung von § 5 HGB mußte im Streitfall die Behauptung

202) Vgl. oben § 2, II, 3, a und c.

203) Vgl. oben § 2, II, 1, b; der BGH spricht insoweit von "Unsicherheiten ..., die sich durch die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 1 - 4 HGB im Einzelfall ergeben können", BGHZ, 32, 307 (314); Canaris - in Capelle/Canaris, 1. Teil, 1. Kapitel, § 3, III, 1, a, S. 32 - von "Abgrenzungsschwierigkeiten"; Nickel - in Bandasch-Nickel, § 5, Rdn. 2 - von "Unschärfen" und Hofmann, B, IV, 1, S. 56 von "Unsicherheitsmomenten".

tung, der im Handelsregister Eingetragene betreibe ein Handelsgewerbe oder er sei kein Minderkaufmann, bewiesen werden und damit auch die Behauptung, der Geschäftsbetrieb erfordere eine kaufmännische Einrichtung ²⁰⁴⁾. Möglich war auch, daß die Prozeßparteien darüber einig waren, daß bei Prozeßbeginn die Vollkaufmannseigenschaft des Eingetragenen nicht mehr vorlag, jedoch darüber stritten, ob diese Eigenschaft und damit die Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung bei Entstehung der Verbindlichkeit noch gegeben oder schon weggefallen war. Der Prozeßrichter mußte also unabhängig von der Eintragung im Handelsregister und der dieser vorgeschalteten Prüfung durch den Registerrichter in jedem Einzelfall die Voraussetzungen der Vollkaufmannseigenschaft prüfen, wobei er zu einem anderen Ergebnis als der Registerrichter gelangen konnte. Das führte zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit. Außerdem mußte in jedem Rechtsstreit u.U. Beweis über den genauen Zeitpunkt des Wegfalls der Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung und damit der Vollkaufmannseigenschaft erhoben werden - eine im Einzelfall möglicherweise kaum zu lösende Aufgabe. Mit der Einführung von § 5 HGB wollte der Gesetzgeber des HGB den Prozeßrichter an die der Handelsregistereintragung vorausgegangene Beurteilung des Registerrichters binden ²⁰⁵⁾. In privatrechtlichen Auseinandersetzungen sollte der Hinweis auf die Handelsregistereintragung die Einwendung ausschalten können, das Gewerbe, welches unter der eingetragenen Firma betrieben wird, sei kein Handelsgewerbe oder gehöre zu den minderkauf-

204) Hahn-Mugdan, Materialien zum HGB, S. 202.

205) Hahn-Mugdan, a.a.O., S. 203.

männischen Betrieben des § 4 Abs. 1 HGB. Dadurch sollte auf der Grundlage der Handelsregistereintragung Rechtssicherheit geschaffen werden ²⁰⁶⁾ und für privatrechtliche Auseinandersetzungen ein Streit über die den beiden ausgeschlossenen Einwendungen zugrundeliegende und oft nur sehr schwer zu beantwortende Frage nach der Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung ausgeschlossen werden ²⁰⁷⁾. § 5 HGB will nicht das Vertrauen auf den durch die Handelsregistereintragung veranlaßten Rechtsschein schützen und ist deshalb auch nicht als Rechtsscheinnorm zu beurteilen ²⁰⁸⁾, sondern der Registerinhalt wird hinsichtlich des schwer zu beurteilenden Kriteriums der Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung für maßgeblich erklärt ²⁰⁹⁾.

(2) Zu der Frage, ob in den Fällen der (noch) im Handelsregister eingetragenen nicht vollkaufmännischen Schein-KG die Voraussetzungen des § 5 HGB erfüllt sind, läßt sich auf der Grundlage der vorstehenden Ausführungen folgendes feststellen:

-
- 206) Bendasch-Nickel, § 5, Rdn. 2; Hofmann, B, IV, 1, S. 57; BGHZ, 32, 307 (314).
207) Capelle/Canaris, 1. Teil, 1. Kapitel, § 3, III, 1, a), S. 33; Gierke-Sandrock, § 12, II, 4, S. 164; Brox, § 6, I, 1, a), Rdn. 85; Schmidt, DB 1972, 959 (961).
208) Capelle/Canaris, a.a.O., 1, b), S. 33; Hofmann, a.a.O., S. 58; Schmidt, Handelsrecht, § 10, III, 1, S. 263.
209) Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 5, Rdn. 8.

Eine KG-Firma ist für die Gesellschaft im Handelsregister eingetragen. Unter dieser Firma betreibt die Gesellschaft ein - nicht mehr vollkaufmännisches - Gewerbe ²¹⁰⁾.

Nach dem Wortlaut scheinen die Wirkungen des § 5 HGB nur zugunsten desjenigen einzutreten, der sich auf die Handelsregistereintragung "beruft". Schmidt erachtet diesen Passus in § 5 HGB für "gegenstandslos". Der Prozeßrichter müsse die Handelsregistereintragung und die Konsequenzen des § 5 HGB von Amts wegen beachten ²¹¹⁾. Diese nicht zutreffende Auffassung beruht wesentlich darauf, daß Schmidt zu Unrecht von dem Fortbestand der KG bis zur Löschung der Eintragung im Handelsregister ausgeht und meint, nach dem Wegfall der Erforderlichkeit der kaufmännischen Einrichtung verleihe die Eintragung im Handelsregister der Gesellschaft konstitutiv die Vollkaufmannseigenschaft ²¹²⁾. Außerdem besteht für den Prozeßrichter keine Veranlassung zu einer Prüfung von Amts wegen, wenn die Parteien unstreitig von einer KG ausgehen. Das ist meistens gegeben in den hier angesprochenen Fällen, in denen schon die Gesellschafter selbst den Rechtsformwechsel der Gesellschaft und die Entstehung einer Schein-KG nicht bemerkt

210) Der Streit darüber, ob § 5 HGB den Betrieb eines Gewerbes verlangt - so BGHZ, 32, 307 (313) - oder der Betrieb eines Unternehmens genügt - so Schmidt, JuS 1977, 209 (211) - kann hier unberücksichtigt bleiben.

211) JuS 1977, 209 (211); davon aber wohl abweichend ders. in Handelsrecht, § 10, III, 2, c, bb, S. 267.

212) Vgl. oben § 4, II, 1, c, cc).

haben ²¹³⁾ und Dritte insoweit selten genauere Kenntnisse haben dürften.

Sollten jedoch die Beteiligten im Zeitpunkt der gerichtlichen Auseinandersetzung Kenntnis davon haben, daß sich die Gesellschaft bei Entstehung der Verbindlichkeit bereits in eine GbR umgewandelt hatte und sich deshalb um die anzuwendenden Haftungsbestimmungen streiten, genügt ein Hinweis an das Gericht auf die Eintragung im Handelsregister, um die Wirkungen des § 5 HGB herbeizuführen. "Berufen" in § 5 HGB bedeutet also, daß das Prozeßgericht nicht von Amts wegen prüft, ob eine Eintragung im Handelsregister vorliegt, sondern eine solche Eintragung nur zu berücksichtigen hat, wenn eine Partei, die die Wirkungen des § 5 HGB herbeiführen will, auf diese Eintragung hingewiesen hat ²¹⁴⁾. Wenn der Gesellschaftsgläubiger die inzwischen als Schein-KG erkannte Gesellschaft gem. §§ 5, 161 Abs. 2, 124 HGB mit ihrem Vermögen in Anspruch nehmen will, genügt im Streitfall der Hinweis auf die Eintragung im Handelsregister. Haben die Beteiligten die Entstehung der Schein-KG nicht bemerkt, wird es zu einem solchen Streit ohnehin nicht kommen.

Sollte in einem theoretisch vorstellbaren Ausnahmefall ein Dritter im Gegensatz zu den Gesellschaftern bereits bei Entstehung der Verbindlichkeit bemerkt haben, daß sich die Gesellschaft inzwischen zu einer GbR umgewandelt hat, kann er sich dennoch auf die Handelsregistereintragung berufen und die Wirkungen des

213) Auf diese Fälle habe ich die Untersuchung beschränkt, vgl. oben § 1.

214) Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 5, Rdn. 9 b; Brox, § 6, I, 2, c, Rdn. 90.

§ 5 HGB herbeiführen. Dieser Dritte ist zwar nicht gutgläubig im Hinblick auf den durch die Handelsregistereintragung veranlaßten Anschein des Bestehens einer KG. Eine entsprechende Gutgläubigkeit der Beteiligten setzt § 5 HGB jedoch nach einhelliger Meinung ²¹⁵⁾ nicht voraus. Das ergibt sich schon aus der Formulierung dieser Vorschrift, die einen Gutglaubensvorbehalt wie z.B. §§ 892, 932 BGB oder § 15 HGB nicht enthält. Außerdem soll nach den vorstehenden Ausführungen durch § 5 HGB nicht das Vertrauen auf den durch die Handelsregistereintragung veranlaßten Rechtsschein geschützt, sondern bei (noch) bestehender Handelsregistereintragung ein Streit über die Vollkaufmannseigenschaft und damit die Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung ausgeschlossen werden.

Die Voraussetzungen des § 5 HGB sind also in den hier angesprochenen Fällen regelmäßig erfüllt. Der Dritte, der die Schein-KG über § 5 HGB wie eine wirkliche KG - also z.B. auch nach den Sonderregeln der §§ 343 ff. HGB - in Anspruch nehmen will, muß im Streitfall nur auf die - noch nicht gelöschte - Eintragung der Gesellschaft als KG im Handelsregister hinweisen.

215) GroßKo-Brüggemann, § 5, Rdn. 19; Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 5, Rdn. 8; Baumbach-Duden-Hopt, § 5, Bem. 1, F; Baudasch-Nickel, § 5, Rdn. 5; Brox, § 6, I, 3, b, Rdn. 92; Hofmann, B, IV, 1, b, S. 58; Harms, Fall 6, S. 48; Schmidt, Handelsrecht, § 10, III, 2, c, aa, S. 266; die in anderem Zusammenhang davon wohl versehentlich abweichenden Formulierungen in BGHZ, 22, 234 (239) hat der BGH später nie wieder bestätigt.

(3) Der Wortlaut von § 5 HGB deutet nicht auf einen eingeschränkten Wirkungsbereich dieser Vorschrift hin. Damit stellt sich die weitere Frage, ob die Schein-KG über § 5 HGB auch wie eine wirkliche KG gemäß §§ 161 Abs. 2, 124 HGB für jede Art von Verbindlichkeiten haftet, also auch für gesetzlich begründete des Privatrechts - insbesondere deliktische - sowie sogar für strafrechtlich oder öffentlich-rechtlich begründete. Aus den Materialien zum HGB ergibt sich, daß der Gesetzgeber "die Tragweite des § 5 HGB nur auf die privatrechtlichen Verhältnisse des Inhabers der eingetragenen Firma zu Dritten" erstrecken wollte²¹⁶⁾. Dem folgend wird nach einhelliger Auffassung²¹⁷⁾ die Anwendbarkeit von § 5 HGB im gesamten öffentlichen Recht, insbesondere im Strafrecht und Steuerrecht, ausgeschlossen. Nur Schmidt erachtet es neuerdings²¹⁸⁾ für diskutabel, den Anwendungsbereich von § 5 HGB über das Privatrecht hinaus auszudehnen²¹⁹⁾. Diesen Weg muß er zwangsläufig gehen, da er - zu Unrecht²²⁰⁾ - die (noch) als KG eingetragene Gesellschaft bis zur Löschung der Eintragung weiterhin als wirkliche KG ansieht. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, da sie dem unzweifelhaften Willen des

216) Hahn-Mugdan, Materialien zum HGB, S. 203.

217) GroßKo-Brüggemann, § 5, Rdn. 24; Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 5, Rdn. 9 a; Hofmann, B, IV, 1, b, S. 60; Droste, NJW 1961, 1607 (1608) verdeutlicht, daß das Verwaltungsgericht bei einer öffentlich-rechtlichen Auseinandersetzung von der Entscheidung des Registergerichts abweichen kann.

218) In DB 1972, 959 (961) folgte er noch der h.M.

219) Handelsrecht, § 10, III, 3, b, S. 268 f.; JuS 1977, 209 (212): Geltung im Konkurs-Strafrecht.

220) Vgl. oben § 4, II, 1, c, ee).

Gesetzgebers, den Anwendungsbereich von § 5 HGB auf das Privatrecht zu beschränken, widerspricht ²²¹⁾.

Umstritten ist, ob § 5 HGB für alle privatrechtlichen Verbindlichkeiten gilt, also z.B. auch für deliktische. Teilweise wird die Geltung von § 5 HGB auf den Bereich des rechtsgeschäftlichen Verkehrs beschränkt ²²²⁾. Sofern diese Ansicht begründet wird, soll sich diese Beschränkung aus dem Sinn und Zweck von § 5 HGB ergeben ²²³⁾. Der Sinn und Zweck von § 5 HGB - Bindung des Prozeßrichters an die Registereintragung im Interesse der Rechtssicherheit - verlangt eine solche Beschränkung nicht. Auch der Gesetzgeber beabsichtigte keine Beschränkung von § 5 HGB auf die rechtsgeschäftlichen, sondern nur auf die privatrechtlichen Verhältnisse des Inhabers der im Handelsregister eingetragenen Firma ²²⁴⁾. Nach einer anderen, insbesondere von Steckhan und Harms näher begründeten Auffassung ²²⁵⁾ soll § 5 HGB auch nicht rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten erfassen, die wegen der angeblichen Parallelität zwischen § 5 und § 15 HGB im Zusammenhang mit geschäftlichen Beziehungen zwischen dem Gewerbetreibenden und einem

221) Das räumt Schmidt in Handelsrecht, § 10, III, 3, b, S. 268 selbst ein.

222) Brox, § 6, I, 3, c), Rdn. 93; Hofmann, B, IV, 1, b, S. 60; Schumann, § 9, IV, 2, a), S. 65.

223) Brox, a.a.O.

224) Hahn-Mugdan, Materialien zum HGB, S. 202/203.

225) Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 5, Rdn. 9 a; Harms, Fail 6, S. 49; ebenso auch Baumbach-Duden-Hopt, § 5, Bem. 1, F.

Dritten stehen müssen. Canaris ²²⁶⁾ folgert das aus einem "ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal" des § 5 HGB. Nach dieser Auffassung sollen z.B. deliktische Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb von § 5 HGB erfaßt werden, solche im Zusammenhang mit einem Kfz-Unfall hingegen nicht ²²⁷⁾. Als Grund für diese Einschränkung wird angeführt, eine Kausalität zwischen der Handelsregistereintragung und dem Verhalten des Dritten gegenüber dem Eingetragenen müsse "zumindest theoretisch möglich" sein, was jedoch bei dem Fehlen jedes geschäftlichen Kontakts zwischen dem Eingetragenen und dem Dritten (z.B. bei einem Kfz-Unfall) schlechthin ausgeschlossen sei ²²⁸⁾. § 5 HGB sei einer teleologischen Reduktion zu unterwerfen, und der durch diese Vorschrift gewährte Vertrauensschutz könne nur so weit reichen, wie ein Vertrauen auf die Handelsregistereintragung möglich sei ²²⁹⁾. Anderenfalls würde man zu Unrecht die Publizitätswirkungen des Handelsregisters auf einen Bereich erstrecken, in dem für einen Verkehrsschutz kein Bedürfnis bestehe ²³⁰⁾. Diese Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 5 HGB erscheint ebenfalls nicht zutreffend. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß § 5 HGB für jede Art von privatrechtlichen Verbindlichkeiten gilt, also auch für solche, die nicht in einem Zusammenhang mit dem Geschäftsverkehr

226) Capelle/Canaris, 1. Teil, 1. Kapitel, § 3, 2, d), S. 34.

227) Baumbach-Duden-Hopt, a.a.O.

228) Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, a.a.O.

229) Harms, a.a.O.

230) Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, a.a.O. unter Hinweis auf die zu § 15 HGB ergangene Entscheidung RGZ 93, 238.

des Eingetragenen stehen ²³¹⁾. Der Wortlaut der Vorschrift enthält keine Anhaltspunkte für einen eingeschränkten Wirkungsbereich. Der Gesetzgeber wollte § 5 HGB auf die - also alle - privatrechtlichen Verhältnisse erstrecken; von einem auf bestimmte privatrechtliche Verhältnisse beschränkten Anwendungsbereich des § 5 HGB ist in den Materialien zum HGB kein Hinweis enthalten ²³²⁾. Auch eine an dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift orientierte Auslegung von § 5 HGB rechtfertigt nicht die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Verbindlichkeiten, die mit dem Geschäftsverkehr des Eingetragenen im Zusammenhang stehen. § 5 HGB will nicht das Vertrauen in die Richtigkeit der Handelsregistereintragung schützen ²³³⁾, sondern nach den obigen Darlegungen auf der Grundlage der Feststellungen und Beurteilungen des Registerrichters Rechtssicherheit schaffen und für die Dauer der Eintragung der Firma im Handelsregister einen Streit über das Vorliegen der Vollkaufmannseigenschaft des Firmeninhabers ausschließen. Deshalb kann sich auch der auf die Eintragung im Handelsregister berufen und die Wirkung des § 5 HGB für sich beanspruchen, der zum Zeitpunkt der Entstehung der Verbindlichkeit die Eintragung entweder gar nicht ²³⁴⁾

231) GroßKo-Brüggemann, § 6, Rdn. 12 und Anhang§ 5, Rdn. 4; Bandasch-Nickel, § 5, Rdn. 8; Schmidt, Handelsrecht, § 10, III, 3, b, S. 268 und DB 1972, 959 (960 ff.); Weippert, S. 80/81; unklar Gierke-Sandrock, § 12, II, 3, S. 164: "wirkt im Privat- und Prozeßverkehr".

232) Hahn-Mugdan, Materialien zum HGB, S. 202/203.

233) So zu Unrecht insbesondere Harms, Fall 6, S. 49.

234) So auch Harms, Fall 6, S. 48.

oder deren Unrichtigkeit kannte ²³⁵⁾, also nicht auf deren Richtigkeit vertraute. Das gilt nach einhelliger Auffassung sogar für den Eingetragenen selbst ²³⁶⁾. Spätestens hier wird deutlich, daß § 5 HGB über den Bereich hinausgeht, in dem das Vertrauen auf die Handelsregistereintragung eine Verhaltensweise beeinflussen kann. Zutreffend geht deshalb auch Steckhan grundsätzlich davon aus, daß § 5 HGB eine Kausalität zwischen der Eintragung und einem bestimmten Verhalten desjenigen, der sich auf die Eintragung beruft, nicht verlangt ²³⁷⁾. Aus welchen Gründen eine solche Kausalität "zumindest theoretisch möglich" sein muß, ist nicht erkennbar. Es ist zwar richtig, daß bei der hier vertretenen Auffassung § 5 HGB in einem Bereich wirksam wird, in dem für einen Verkehrsschutz auf der Grundlage der Publizitätswirkung des Handelsregisters keinerlei Bedürfnis besteht (z.B. Ansprüche aus einem Kfz-Unfall). Einen solchen Schutz bezweckt § 5 HGB jedoch gar nicht, sondern Rechtssicherheit hinsichtlich der - fingierten - Vollkaufmannseigenschaft des Eingetragenen für die Dauer der Eintragung im Handelsregister. Dafür besteht auch Bedürfnis in einem Rechtsstreit zwischen dem Eingetragenen und einem Gläubiger deliktischer Ansprüche, die nicht mit dem Geschäftsverkehr des Eingetragenen zusammenhängen. Z.B. in dem hier untersuchten Fall der (noch) im Handelsregister eingetragenen Schein-KG könnte ein

235) So auch Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 5, Rdn. 8.

236) Siehe Fußn. 215 einschließlich Steckhan und Harms.

237) Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 5, Rdn. 8 und 9 a.

Gläubiger deliktischer Ansprüche die Gesellschaft unter Hinweis auf die Handelsregistereintragung über §§ 5, 161 Abs. 2, 124 HGB in Anspruch nehmen, ohne dabei den Einwand, die Gesellschaft sei in Wirklichkeit eine GbR, widerlegen zu müssen. Steckhan²³⁸⁾ nimmt schließlich zutreffend²³⁹⁾ an, daß § 5 HGB im Zivilprozeß uneingeschränkt gilt, also unabhängig davon, ob der Streitgegenstand mit geschäftlichen Beziehungen zwischen den Parteien zusammenhängt. Nach seiner Auffassung kann es so zu dem von dem Gesetzgeber des § 5 HGB gerade nicht erwünschten und in der Praxis kaum tragbaren Ergebnis kommen, daß der Prozeßrichter in einem Rechtsstreit um Ansprüche, die keine Verbindung zu geschäftlichen Beziehungen der Parteien haben, den zu Unrecht Eingetragenen in prozessualer Hinsicht ohne weitere Prüfung als Vollkaufmann behandeln könnte, in materiell-rechtlicher Hinsicht aber möglicherweise die Kriterien der Vollkaufmannseigenschaft prüfen müßte.

Eine weitgehende Parallelität zwischen § 5 und § 15 HGB kann wegen der völlig unterschiedlichen Zielsetzungen dieser Vorschriften - § 15 HGB: Schutz des Vertrauens auf den Registerinhalt; § 5 HGB: Schaffung von Rechtssicherheit hinsichtlich der unscharfen Kriterien der Vollkaufmannseigenschaft - nicht angenommen werden²⁴⁰⁾. Für die Übertragung des auf den Geschäftsverkehr beschränkten Anwendungsbereich von § 15 HGB auf § 5 HGB, unter Umständen sogar mit dem Hinweis auf ein entsprechendes "ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal", fehlt

238) A.a.O., Rdn. 9 a.

239) Vgl. oben I, 2, b, aa).

240) GroßKo-Brüggemann, § 5, Rdn. 9.

jede Grundlage. § 5 HGB gilt vielmehr im Unterschied zu § 15 HGB für alle privatrechtlichen Verbindlichkeiten des Eingetragenen.

bb) In den Fällen 2 und 4 ²⁴¹⁾, in denen es an einer Eintragung im Handelsregister fehlt, kann § 5 HGB nicht eingreifen.

Es gelten hier grundsätzlich die Bestimmungen für die Haftung des Gesellschaftsvermögens der tatsächlich vorhandenen GbR, die denen des KG-Rechts weitgehend inhaltlich entsprechen.

Da die Schein-KG in den Fällen 2 und 4 ein minderkaufmännisches Gewerbe betreibt, gelten mit Ausnahme der durch § 351 HGB ausgeschlossenen auch die sonstigen für einen Kaufmann vorgesehenen Sonderregeln der §§ 343 ff. HGB.

Für die durch § 351 HGB ausgeschlossenen §§ 348 - 350 HGB wird die Auffassung vertreten, daß diese für die nicht eingetragene Schein-KG nach Rechtsscheinsgrundsätzen zur Anwendung kommen ²⁴²⁾.

Nach der Gegenmeinung soll der gesetzliche Schutz der §§ 343, 766, 780 und 781 BGB, der zu Lasten des Vollkaufmanns durch die §§ 348 und 350 HGB aufgehoben wird, bei gutgläubiger Nichtkenntnis des Scheinkaufmanns vom Fehlen der Vollkaufmannseigenschaft zu dessen Gunsten trotz des erzeugten Rechtsscheins bestehen bleiben ²⁴³⁾. Die

241) Vgl. oben § 2, II, 3, b und § 3.

242) Baumbach-Duden-Hopt, § 348, Bem. 2, A; § 349, Bem. 3; § 350, Bem. 3; Brox, § 6, II, 3, a, Rdn. 99; für § 350 HGB OLG Hamburg, JW 1927, 1109 f. mit zustimmender Anmerkung von Reichel.

243) GroßKo-Brüggemann, Anhang zu § 5, Rdn. 45.

§§ 348 und 350 HGB greifen nach dieser Auffassung zu Lasten eines gutgläubigen Scheinkaufmanns nicht ein. Zumindest für eine minderkaufmännische Schein-KG wie in den Fällen 2 und 4 erscheint mir die zuerst erwähnte Auffassung zutreffend. Durch die §§ 343, 766, 780 und 781 BGB sollen Nichtkaufleute im Unterschied zu Kaufleuten geschützt werden, so daß für eine nicht kaufmännische Schein-KG ein Ausschluß der §§ 348 und 350 HGB trotz des erzeugten Rechtsscheins in Betracht kommen mag ²⁴⁴⁾. Für die minderkaufmännische Schein-KG gelten im Unterschied zu der nicht kaufmännischen grundsätzlich - auch ohne Anwendung von Rechtsscheinsgrundsätzen - die Regeln des HGB. Durch die §§ 4 Abs. 1 und 351 HGB werden nur einige Vorschriften des HGB für den Minderkaufmann ausgeschlossen - so auch die §§ 348 und 350 HGB -, die als für den Minderkaufmann zu hart empfunden werden. Es geht also um die Frage, ob der Schutzzweck des § 351 HGB dem Verkehrsschutz, dem die Rechtsscheinsgrundsätze dienen, vorgeht. Der Verkehrsschutz dürfte vorrangig sein, da im Unterschied zu der nicht kaufmännischen Schein-KG die minderkaufmännische nicht nur durch ihr Auftreten im Rechtsverkehr wie ein Vollkaufmann erscheint, sondern zusätzlich auch das von ihr betriebene Grundhandelsgewerbe bei dem vertrauenden Dritten die Überzeugung begründet, er stehe mit einem Vollkaufmann in Verbindung, auf den alle Vorschriften des HGB anzuwenden sind. Der von einem Minderkaufmann erzeugte Rechtsschein des Vollkaufmanns ist also regelmäßig we-

244) Mit dieser ausdrücklichen Beschränkung auf Nichtkaufleute Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 5, Rdn. 19; Bendasch-Nickel, § 5, Rdn. 22.

sentlich "stärker" als der von einem Nichtkaufmann. Im übrigen ist der Minderkaufmann anders als der Nichtkaufmann ohnehin schon zahlreichen verschärften Regeln des HGB ausgesetzt und erscheint deshalb weniger schutzbedürftig.

Die §§ 348 bis 350 HGB gehen von einer rechtsgeschäftlich begründeten Verbindlichkeit des Kaufmanns, hier der Schein-KG, aus, so daß sich an dieser Stelle die Beantwortung der Frage, ob die Rechtsscheinsgrundsätze auch für nicht rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten eingreifen können, erübrigt ²⁴⁵⁾.

b) Im Verfahrensrecht stellt sich die Frage, wie sich die im Gegensatz zur KG (§ 124 Abs. 1 HGB) fehlende Parteifähigkeit der GbR sowie die - im Unterschied zu § 124 Abs. 2 HGB - Erforderlichkeit eines Urteils gegen alle Gesellschafter (§ 736 ZPO) auswirken.

aa) Für die Fälle 1 und 3 ergeben sich keine Probleme. Gemäß § 5 HGB gilt die Gesellschaft auch im Prozeß weiterhin als KG ²⁴⁶⁾. Diese Auffassung vertreten auch die, die den Anwendungsbereich von § 5 HGB auf den zivilrechtlichen Geschäftsverkehr des Eingetragenen beschränken, da dazu auch die Prozeßrechtsverhältnisse unabhängig von den jeweiligen Gründen des Streitgegenstan-

245) Siehe dazu unten § 6, II, 2, b.

246) Schmidt, HandelsR, § 10, III, 3 b), S. 268; Bendasch-Nickel, § 5, Rdn. 8.

des zu rechnen sind ²⁴⁷⁾. Die Gesellschaft bleibt also trotz Änderung der Rechtsform zur GbR parteifähig und sie kann das Verfahren unter der (noch) eingetragenen KG-Firma fortsetzen.

Auch im Vollstreckungsverfahren gilt die Gesellschaft gem. § 5 HGB weiterhin als KG, so daß es einer Änderung des Vollstreckungstitels hinsichtlich der Parteibezeichnung nicht bedarf ²⁴⁸⁾.

Solange die Gesellschaft noch im Handelsregister eingetragen ist, bleibt die Entstehung einer Schein-KG sowohl im Erkenntnis- als auch im Vollstreckungsverfahren ohne praktische Auswirkungen.

bb) Problematischer verhält es sich in den Fällen 2 und 4, in denen mangels Handelsregistereintragung eine Fortgeltung des KG-Rechts über § 5 HGB nicht in Betracht kommt.

Man könnte hier an eine Fortgeltung des KG-Rechts nach Rechtsscheinsgrundsätzen denken, da die Gesellschaft nach außen wie eine KG auftritt. Der Anwendungsbereich dieser Grundsätze wird jedoch nach nahezu einhelliger Auffassung auf den rechtsgeschäftlichen Verkehr beschränkt und ihre Geltung für das Verfahrensrecht aus-

247) Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 5, Rdn. 9 a; GroßKo-Brüggemann, § 5, Rdn. 7 und 22; Hofmann, B, IV, 1 b), S. 59.

248) Stein-Jonas-Münzberg, § 736, Rdn. 1, Fußn. 9; Eickmann, Rpfleger 1970, 113 (115).

drücklich abgelehnt ²⁴⁹⁾. Diese Auffassung wird nicht näher begründet, sondern beruht wohl zutreffend allein darauf, daß die Lehre vom Rechtsschein auf das begrenzt werden soll, was zum Schutz des auf den Rechtsschein Vertrauenden unumgänglich notwendig ist ²⁵⁰⁾. Mir erscheint in den hier angesprochenen Fällen die Anwendung der Rechtsscheinsgrundsätze nicht erforderlich, da der auf das Vorhandensein einer KG vertrauende Gläubiger des Gesellschaftsvermögens keines besonderen Schutzes bedarf und seine Ansprüche ohne Schwierigkeiten wie folgt durchsetzen kann:

Die von niemandem bemerkte Änderung der Rechtsform der Gesellschafter bzw. Typenverfehlung bleibt zunächst ohne jede tatsächliche Auswirkung auf den Prozeßverlauf bis die inzwischen erfolgte Entstehung einer Schein-KG bemerkt wird.

Wird das vor Erlaß des Urteils deutlich, muß die bisher gegen die KG gerichtete Klage auf die Gesellschafter umgestellt werden. In einem ähnlich gelagerten Fall ging das Landgericht Regensburg davon aus, diese Klageumstellung könne nur im Wege eines gewillkürten Partei-

249) Für das Erkenntnisverfahren: GroßKo-Brüggemann, Anhang zu § 5, Rdn. 47; Westermann, Handbuch, Rdn. 106; Bandasch-Nickel, § 5, Rdn. 24; Gierke-Sandrock, § 12, III, 2 b, B, S. 169; Hofmann, B, IV, 2 d), ff. S. 68; Schuler, NJW 1957, 1537 (1538); im Ergebnis auch Teichmann/Schick, JuS 1975, 18 (21); a.A. Canaris, NJW 1974, 455 (456);
Für das Vollstreckungsverfahren: Eickmann, Rpfleger 1970, 113 (115, Fußn. 39).
250) Teichmann/Schick, a.a.O.

wechsels erfolgen ²⁵¹⁾, d.h. also nur bei Zustimmung auf Beklagtenseite oder ausdrücklicher Zulassung durch das Gericht wegen Sachdienlichkeit ²⁵²⁾. Das Landgericht Regensburg erläutert seine Auffassung nicht näher, sondern verweist zur Begründung nur auf die Rechtsprechung und Literatur zu den Fällen, in denen in einem Prozeß gegen eine OHG/KG (§ 124 Abs. 1 HGB) nach deren Vollbeendigung eine Klageumstellung auf die einzelnen Gesellschafter (§ 128 HGB) erfolgen sollte, die insbesondere wegen § 129 Abs. 4 HGB und der fehlenden Identität zwischen Gesellschafts- und Gesellschafterprozeß nur unter den Voraussetzungen eines gewillkürten Parteiwechsels zulässig ist ²⁵³⁾. Diese Fallkonstellation ist jedoch mit der hier angesprochenen nicht vergleichbar, da hier weder das Gesellschaftsvermögen als Haftungsobjekt wie bei der Vollbeendigung einer Gesellschaft entfallen ist noch eine persönliche Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen angestrebt wird. Das Gesellschafts-

251) WM 1979, 594: Aktivprozeß einer Gesellschaft, die sich vor Prozeßbeginn nach Verpachtung ihres Gewerbebetriebes von einer KG in eine GbR umgewandelt hatte; so wohl auch OLG Nürnberg, JurBüro 1980, 144 /145).

252) So die Rspr. und teilweise Literatur, die Klageänderung im Sinne von § 263 ZPO annehmen; vgl. Überblick bei Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, § 263, Bem. 2, C, der abweichend eine "Lückenfüllung" für den nach seiner Auffassung gesetzlich nicht geregelten Fall des gewillkürten Parteiwechsels vornimmt.

253) BGH, NJW 1974, 750 gegen die abweichende Entscheidung RGZ 124, 146 (150); OLG Hamm, NJW 1979, 51 (53); GroßKo-Fischer, § 124, Anm. 33; Deubner, JuS 1975, 653 ff.

vermögen ist in den hier angesprochenen Fällen durch die Entstehung einer Schein-KG nicht berührt worden. Nur der Personenverband, dem das haftende Gesellschaftsvermögen zugeordnet ist, hat seinen rechtlichen Charakter von KG auf GbR geändert. Dabei blieb es unverändert bei dem bisherigen Mitgliederbestand des Personenverbandes, und irgendeines Übertragungsaktes bezüglich des Gesellschaftsvermögens bedurfte es nicht ²⁵⁴⁾. Aus diesen Gründen genügt eine einfache Korrektur der Parteibezeichnungen in dem Rubrum dahin, daß als Partei nicht mehr die ursprüngliche KG, sondern die GbR-Gesellschafter aufgeführt werden ²⁵⁵⁾.

Wenn erst nach Erlaß des Urteils die Entstehung einer Schein-KG festgestellt wird, stellt sich die Frage, ob eine Korrektur des Titels und der Vollstreckungsklausel erforderlich wird, da § 736 ZPO einen Titel gegen alle GbR-Gesellschafter verlangt und nach § 750 Abs. 1 ZPO die namentliche Bezeichnung der Parteien des Vollstreckungsverfahrens vorgeschrieben ist. § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO verlangt, daß das Vollstreckungsorgan die Identität der Parteien des Vollstreckungsverfahrens aufgrund des Vollstreckungstitels oder der Klausel überprüfen kann, ohne dabei besondere Ermittlungen anstellen zu müssen ²⁵⁶⁾. Das Vollstreckungsorgan darf und muß gegebenenfalls eine Auslegung zur Ermittlung der Identität der Parteien vor-

254) Vgl. oben § 4, II, 1, c, dd).

255) MünchKomm-Ulmer, § 718, Rdn. 65; Westermann, Handbuch, Rdn. 106; Hueck, OHG, § 5, III, Fußn. 21, S. 47; GroßKo-Brüggemann, Anhang zu § 5, Rdn. 48.

256) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, § 750, Bem. 1, A, a.

nehmen ²⁵⁷⁾. In dem gegen die Schein-KG erwirkten Titel ist diese unter ihrer Firma aufgeführt, aus dem sich im Regelfall die einzelnen Gesellschafter nicht ergeben. Diese lassen sich auch bei einem nur gegen die Gesellschaft geführten Prozeß (§ 124 Abs. 1 HGB) in den seltensten Fällen im Wege der Auslegung des vollständigen Urteils ermitteln ²⁵⁸⁾. Das Vollstreckungsorgan müßte schon mit Hilfe der Eintragungen im Handelsregister und des Gesellschaftsvertrages die einzelnen Gesellschafter ermitteln, die die unter der KG-Firma verklagte Personengemeinschaft bilden. Derartige Ermittlungen nach der Identität der Vollstreckungsparteien gehen aber über die Aufgaben und Befugnisse des Vollstreckungsorgans hinaus. Es bedarf deshalb allein im Hinblick auf § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO einer Korrektur der Parteibezeichnung der Schein-KG in dem Vollstreckungstitel bzw. der -klausel.

Diese Korrektur im Wege der Urteilsberichtigung gem. § 319 ZPO bzw. der Klauselberichtigung analog § 319 ZPO ²⁵⁹⁾ dürfte nicht möglich sein. Dem Prozeßgericht wird in dem hier angesprochenen Fall während des Erkenntnisverfahrens die Umwandlung der Gesellschaft zur GbR bzw. die Typenverfehlung nicht bekannt. Es hat deshalb die Gesellschaft mit der KG-Firma als Partei bezeichnen wollen und nicht versehentlich eine falsche

257) Vgl. z.B. BGH, NJW 1967, 821 f.

258) Anders die vorerwähnte BGH-Entscheidung, die gegen eine Schein-GbR nach Umwandlung zu einer OHG erging und deshalb die einzelnen Mitglieder der Personengemeinschaft erkennen ließ.

259) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, § 750, Bem. 1, A, a.

Parteibezeichnung gewählt²⁶⁰⁾. Unter diesen Voraussetzungen bleibt nur eine Titel- bzw. Klauselumschreibung nach §§ 727, 731 ZPO, und zwar bei entsprechender Anwendung dieser Vorschriften, da der Schuldner - das Gesellschaftsvermögen - keinen Rechtsnachfolger gefunden, sondern sich nur die Rechtsform der Personengemeinschaft, der das haftende Vermögen zugeordnet ist, geändert hat²⁶¹⁾. Da aus dem gegen eine KG lautenden Titel gemäß §§ 161 Abs. 2, 129 Abs. 4 HGB eine Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen der Gesellschafter unzulässig ist, muß die Umschreibungsklausel den einschränkenden Hinweis erhalten, daß die Zwangsvollstreckung aus diesem Titel nur in das Gesellschaftsvermögen erfolgen darf²⁶²⁾. Die nicht näher begründete Gegenmeinung²⁶³⁾ sieht wohl einen Parallellfall zu den Fällen, in denen nach Vollbeendigung der Gesellschaft und Wegfall des Gesellschaftsvermögens eine Titelumschreibung auf die einzel-

260) MünchKomm-Ulmer, § 718, Rdn. 66; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, § 319, Bem. 2, D, b aE; OLG Nürnberg, JurBüro 1980, 144 (145); auch Eickmann, Rpfleger 1970, 113, der allerdings zu Unrecht meint, der Titel sei wegen der Identität des haftenden Gesellschaftsvermögens inhaltlich richtig, obwohl er selbst für die Zwangsvollstreckung eine "Klarstellung" für erforderlich hält.

261) MünchKomm-Ulmer, a.a.O.; Stein-Jonas-Münzberg, § 736, Rdn. 1; OLG Oldenburg, Rpfleger 1980, 27 f.; wohl auch Wieczorek, § 735, Bem. A, II, b, 1 und § 736, Bem. C bei Umwandlung GbR in OHG/KG; OLG Nürnberg, JurBüro 1980, 144 (145) geht zu Unrecht von Rechtsnachfolge aus.

262) Stein-Jonas-Münzberg, a.a.O.

263) Thomas-Putzo, § 727, Bem. 3, c, bb; wohl auch Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, Anhang nach § 736, Bem. 2.

nen Gesellschafter angestrebt und wegen § 129 Abs. 4 HGB zu Recht versagt wird. Aus den schon oben ausgeführten Gründen ist der hier angesprochene Fall damit insbesondere wegen der weiterhin bestehenden Zugriffsmöglichkeit auf das Gesellschaftsvermögen nicht vergleichbar. Den Bedenken im Hinblick auf § 129 Abs. 4 HGB wird durch die Beschränkung der Umschreibungsklausel auf das Gesellschaftsvermögen Rechnung getragen.

Soweit eine Korrektur der Parteibezeichnung im Wege einer "Klarstellungsklausel" verlangt wird, da §§ 319, 727 ZPO in unmittelbarer Anwendung nicht eingreifen²⁶⁴⁾, dürfte es an einem Bedürfnis für einen solchen gesetzlich nicht vorgesehenen Rechtsbehelf fehlen²⁶⁵⁾. Wenn § 727 ZPO schon wegen fortbestehender Haftung eine Titelumschreibung zuläßt, obwohl sich auf der Schuldnerseite das Rechtssubjekt geändert hat, dann läßt diese Vorschrift eine Titelumschreibung erst recht zu, wenn - wie hier - auf der Schuldnerseite nicht einmal eine Änderung des Rechtssubjektes, sondern bei dessen fortbestehender Identität nur eine Rechtsformänderung eingetreten ist²⁶⁶⁾. Die verfahrensrechtlichen Unterschiede zwischen KG und GbR machen also nach Entstehung einer Schein-KG in den Fällen 2 und 4 eine Korrektur des Klagerubrums oder eine Umschreibung des Vollstreckungstitels bzw. der -klausel analog § 727 ZPO dahin erforderlich, daß anstelle der KG die einzelnen Gesellschafter als Partei bezeichnet werden.

264) So Eickmann, Rpfleger 1970, 113 (115).

265) MünchKomm-Ulmer, § 718, Rdn. 66.

266) So zutreffend OLG Oldenburg,
Rpfleger 1980, 27 (28).

II.

Sonstige Auswirkungen der Rechtsformänderung bzw. Typenverfehlung auf die Rechtsstellung der Gesellschaft

Die Rechtsformänderung der Gesellschaft von KG zur GbR beruht auf dem Verlust der Vollkaufmannseigenschaft und dem Wechsel zum Minder- bzw. Nichtkaufmann. An die Vollkaufmannseigenschaft sind eine Vielzahl gesetzlicher Vorschriften geknüpft, deren Geltung nach dem Wechsel zum Minder- bzw. Nichtkaufmann sowie der Rechtsformänderung der Gesellschaft zur GbR entfällt oder eingeschränkt wird.

Im Mittelpunkt dieser Untersuchung stehen die Auswirkungen der Entstehung der nicht vollkaufmännischen Schein-KG auf die Haftung des Gesellschaftsvermögens und der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen sowie die daraus für das Innenverhältnis der Gesellschaft zu ziehenden Konsequenzen. Von den zuvor erwähnten weiteren Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Gesellschaft sollen deshalb im folgenden nur die wichtigsten kurz angesprochen werden.

1) Nach § 4 Abs. 1 HGB gelten die Vorschriften über die Firma (§§ 17 bis 37 HGB), die Handelsbücher (§§ 38 bis 47 b HGB) und die Prokura (§§ 48 bis 53 HGB) für die minderkaufmännische Schein-KG (Fälle 1, 2 und 4) nicht. Das gilt für die nicht kaufmännische Schein-KG (Fall 3) ohnehin.

a) Solange die Schein-KG jedoch noch im Handelsregister eingetragen ist (Fälle 1 und 3), gilt sie gemäß § 5 HGB als Vollkaufmann, so daß möglicherweise die Vorschriften des HGB bis zur Löschung der Eintragung weiterhin wie bei einem Vollkaufmann anzuwenden sind. Der uneingeschränkte Wortlaut des § 5 HGB scheint das generell zu rechtfertigen.

aa) Für das Firmierungsrecht dürfte das jedoch kaum zutreffen. Könnte sich nämlich der zu Unrecht Eingetragene auch gegenüber dem Registergericht auf die falsche Eintragung und auf die durch § 5 HGB fingierte Vollkaufmannseigenschaft berufen, wäre die Eintragung des Erlöschens der Firma wegen des Absinkens zum Minderkaufmann nicht möglich und das Handelsregister könnte nicht korrigiert werden. Der Normzweck des § 5 HGB geht keinesfalls dahin, die Unrichtigkeit von Handelsregistereintragungen zu perpetuieren, sondern Rechtssicherheit und klare Verhältnisse zwischen dem Inhaber der noch eingetragenen Firma und dem Rechtsverkehr zu schaffen. Insbesondere soll zwischen ihnen ein Streit darüber, ob das unter der Firma betriebene Gewerbe eine kaufmännische Einrichtung erfordert, ob also in den hier angesprochenen Fällen eine KG oder eine GbR vorliegt, wegen der im Einzelfall oft sehr schwierigen Abgrenzungs- und Beurteilungsmöglichkeiten ²⁶⁷⁾ bis zur Löschung der Eintragung durch das fachlich spezialisierte Registergericht

267) Vgl. oben § 2, II, 1, b, aa) - dd).

vermieden werden ²⁶⁸⁾. Das Firmierungsrecht verleiht § 5 HGB dem zu Unrecht Eingetragenen aber nicht ²⁶⁹⁾.

bb) Der Gesetzgeber wollte den Anwendungsbereich des § 5 HGB auf die privatrechtlichen Verhältnisse des Inhabers der eingetragenen Firma beschränken ²⁷⁰⁾. Die Buchführungspflicht nach §§ 38 ff. HGB wird als öffentlich-rechtliche Pflicht des Kaufmanns angesehen ²⁷¹⁾. Außerdem betreffen die Vorschriften über die Handelsbücher nicht das Verhältnis zwischen dem zu Unrecht im Handelsregister Eingetragenen und dem privatrechtlichen Rechtsverkehr. Die nahezu einhellige Auffassung in Literatur und Rechtsprechung geht deshalb auch dahin, daß § 5 HGB nicht die Weitergeltung der §§ 38 ff. HGB

268) Materialien zum HGB, S. 202/203; BGHZ, 32, 307 (314), Hofmann, B, IV, 1, S. 56 f.; Brox, § 6, I, 1, a, Rdn. 85; Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 5, Rdn. 5; Harms, Fall 6, S. 48; Schmidt, HandelsR, § 10, III, 1, S. 263; vgl. auch oben § 4, II, 1, c, ee).

269) Hofmann, B, IV, 1, b, S. 58; Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 5, Rdn. 9 a; Schmidt, HandelsR, § 10, III, 3, b, S. 269; LG Nürnberg, DB 1972, 252.

270) Harms, Fall 6, S. 50.

271) Materialien zum HGB, S. 203; vgl. oben I, 2, a, aa).

veranlaßt 272) .

cc) Die unbeschränkte Vollmacht des Prokuristen kann sich auf das Verhältnis zwischen der zu Unrecht als KG eingetragenen Gesellschaft und dem Geschäftsverkehr auswirken. Deshalb muß die Gesellschaft eine nach Entstehung der Schein-KG aber noch vor Löschung der Handelsregistereintragung erteilte Prokura gemäß § 5 HGB gelten lassen 273) .

b) Wenn die Gesellschaft nicht als KG im Handelsregister eingetragen ist, aber als solche im Rechtsverkehr auftritt (Fälle 2 und 4), kann nach Rechtsscheinsgrundsätzen eine Weitergeltung der nach § 4 Abs. 1 HGB ausgeschlossenen Vorschriften in Betracht kommen. Da diese Grundsätze nur dann gelten, wenn das der Schutz des auf den von der KG veranlaßten Rechtsschein vertrauende Geschäftsverkehr erfordert, ist eine Weitergeltung der Vorschriften zu der Handelsfirma und der Buchführung

272) Harms, a.a.O.; Capelle/Cararis, § 3, III, 1, b, S. 33; Hofmann, B, IV, 1, b, S. 58 f.; Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 5, Rdn. 9 a; GroßKo-Brüggemann, § 5, Rdn. 24; Bandasch-Nickel, § 5, Rdn. 8; OLG Celle, NJW 1968, 2119 (2120); Wessel, BB 1974, 1045 (1046, Fußn. 8); a.A. Schmidt, HandelsR, § 10, III, 3, b, S. 268 f. und JuS 1977, 209 (212) für Weitergeltung der §§ 38 ff. HGB über § 5 HGB im Konkursstrafrecht unter Hinweis darauf, daß der Gesetzgeber "allerdings die Wirkungen des § 5 HGB auf die privatrechtlichen Verhältnisse beschränken" wollte.

273) Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 4, Rdn. 13; Bandasch-Nickel, § 4, Rdn. 9.

ausgeschlossen ²⁷⁴⁾ .

Die von der nicht eingetragenen Schein-KG erteilte Prokura ist nichtig, da die Schein-KG zu deren Erteilung gemäß §§ 4 Abs. 1, 6 Abs. 1 HGB nicht berechtigt war. Gemäß § 140 BGB kommt jedoch eine Umdeutung in eine Handlungsvollmacht mit dem Umfang einer Prokura in Betracht ²⁷⁵⁾ . Eines besonderen Schutzes des auf den Rechtsschein Vertrauenden durch Anwendung der Rechtscheinsgrundsätze bedarf es insoweit nicht.

2) Außerhalb des HGB sind im Zusammenhang mit der Entstehung einer nicht vollkaufmännischen Schein-KG folgende Vorschriften zu beachten:

a) § 24 Satz 1, Ziff. 1 AGBG und §§ 15 Abs. 3, 17 DepG richten sich an den Kaufmann und damit auch an den Minderkaufmann. Diese Vorschriften gelten also unmittelbar auch für die minderkaufmännische Schein-KG in den Fällen 1, 2 und 4.

Über § 5 HGB finden sie für die im Handelsregister eingetragene nicht kaufmännische Schein-KG im Fall 3 ebenfalls Anwendung, da diese sich wie ein (Voll-)Kaufmann behandeln lassen muß.

Auf die Geltung dieser Vorschriften wirkt sich also die Entstehung der nicht vollkaufmännischen Schein-KG nicht aus.

274) So Hofmann, B, IV, 2, d, ff, S. 68 ausdrücklich für die Buchführung.

275) GroßKo-Brüggemann, § 4, Rdn. 15 und Rdn. 17; Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 4, Rdn. 13; Bendasch-Nickel, § 4, Rdn. 9.

b) Wer im Handelsregister als Kaufmann eingetragen ist, kann den Schutz des Abzahlungsgesetzes als Empfänger der Ware nach § 8 AbzG nicht in Anspruch nehmen und nach § 109 Abs. 1 GVG zum ehrenamtlichen Mitglied einer Kammer für Handelssachen ernannt werden. Diese Vorschriften stellen allein auf die Eintragung im Handelsregister und nicht auf die (Voll-)Kaufmannseigenschaft ab. Fehlt dem im Handelsregister als Kaufmann Eingetragenen die (Voll-)Kaufmannseigenschaft, kann er weder den Schutz des Abzahlungsgesetzes beanspruchen noch verliert seine Ernennung zum Handelsrichter ihre Gültigkeit ²⁷⁶⁾.

Andererseits gelten für den nicht eingetragenen Vollkaufmann nach herrschender Meinung die Bestimmungen des Abzahlungsgesetzes ²⁷⁷⁾.

Hinsichtlich der Anwendbarkeit der §§ 8 AbzG und 109 Abs. 1 GVG ist also die durch den Verlust der (Voll-)Kaufmannseigenschaft begründete Entstehung der nicht vollkaufmännischen Schein-KG ebenfalls ohne Bedeutung.

c) Normadressaten der §§ 29 Abs. 2, 38 Abs. 1 und 1027 Abs. 2 ZPO sind Kaufleute, die nicht zu den in § 4 HGB bezeichneten Gewerbetreibenden gehören. Diese Vorschriften betreffen also weder die minderkaufmännische Schein-KG in den Fällen 1, 2 und 4 noch die nicht kaufmännische Schein-KG in dem Fall 3.

276) GroßKo-Brüggemann, § 4, Rdn. 28.

277) Palandt-Putzo, AbzG, § 8, Bem. 1; Ostler/Weidner, § 8, Anm. 10; wohl auch BGH, NJW 1955, 139; a.A. MünchKomm-H.P. Westermann, AbzG, § 8, Rdn. 4.

§ 5 HGB gilt jedoch nach einhelliger Auffassung auch für den Zivilprozeß ²⁷⁸⁾, so daß in den Fällen 1 und 3 die Schein-KG angesichts der Eintragung der KG-Firma im Handelsregister als KG bzw. Vollkaufmann im Sinne der §§ 29 Abs. 2, 38 Abs. 1 und 1027 Abs. 2 ZPO anzusehen ist ²⁷⁹⁾. Eine Anwendung dieser Vorschriften auf die Schein-KG in den Fällen 2 und 4 nach Rechtsscheinsgrundsätzen kommt nicht in Betracht, da diese Grundsätze nach nahezu einheitlicher Auffassung im Verfahrensrecht nicht gelten ²⁸⁰⁾. Mit der Entstehung einer nicht vollkaufmännischen Schein-KG entfällt also in den Fällen 2 und 4 automatisch die Anwendbarkeit der §§ 29 Abs. 2, 38 Abs. 1 und 1027 Abs. 2 ZPO.

d) § 53 Abs. 1 BörsG verleiht Termingeschäftsfähigkeit nur Vollkaufleuten, die in das Handelsregister eingetragen sind. In den Fällen 1 und 3 fehlt die Vollkaufmannseigenschaft. Diese kann wegen der ausdrücklichen Regelung in § 53 Abs. 1, Satz 2 BörsG nicht durch die Handelsregistereintragung über § 5 HGB für das Börsengesetz fingiert werden. In den Fällen 2 und 4 fehlt nicht nur die Vollkaufmannseigenschaft, sondern auch die Eintragung im Handelsregister. Demnach verliert die Gesellschaft mit der Entstehung der nicht vollkaufmännischen Schein-KG die Termingeschäftsfähigkeit nach § 53 BörsG.

278) Vgl. oben I, 2, b). aa), Fußn. 246 und 247.

279) So für § 38 Abs. 1 ZPO wohl auch Reinelt, NJW 1974, 2310 (2312).

280) Vgl. oben § 5, I, 2, b, bb), Fußn. 249; a.A. für § 38 Abs. 1 ZPO, OLG Frankfurt, MDR 1975, 232/233.

3) Wegen §§ 124 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB kann gegen eine KG ein Bußgeldverfahren betrieben werden, gegen eine GbR in Ermangelung entsprechender Vorschriften jedoch nicht.

Da sich der Anwendungsbereich des § 5 HGB auf die privatrechtlichen Verhältnisse des Inhabers der eingetragenen Firma beschränkt ²⁸¹⁾, gilt die Gesellschaft im Bußgeldverfahren nach Entstehung der nicht vollkaufmännischen Schein-KG auch in den Fällen 1 und 3 nicht als KG, sondern wie auch in den Fällen 2 und 4 als GbR. Die Entstehung der nicht vollkaufmännischen Schein-KG und der Rechtsformwechsel zur GbR führt jedoch nicht zum Wegfall des durch das Bußgeldverfahren Betroffenen. Das Verfahren kann vielmehr gegen die Gesellschafter, die die Ordnungswidrigkeit verschuldet haben, persönlich fortgesetzt werden ²⁸²⁾.

4) Aus Gründen der Vollständigkeit sei auch noch die Situation angesprochen, in der die Gesellschaft Mitglied einer anderen Gesellschaft ist. Eine eingehende Auseinandersetzung mit allen Problemen, die entstehen, wenn sich die Rechtsform der beteiligten Gesellschaft von KG in GbR umwandelt, sowie insbesondere mit der äußerst umstrittenen Frage der Beteiligungsfähigkeit einer GbR an einer Personenhandels-gesellschaft würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen. Ich verweise deshalb zunächst auf die umfassenden Ausführungen zu dieser

281) Vgl. oben I, 2, a, aa).

282) OLG Stuttgart, BB 1973, 62 (63).

Problematik bei Weippert²⁸³⁾, Hohner²⁸⁴⁾ sowie Klamroth²⁸⁵⁾ und gebe den Meinungsstand im Ergebnis wieder:

Die OHG/KG kann nach inzwischen wohl einhelliger Auffassung Gesellschaftsmitglied in jeder Gesellschaftsform sein²⁸⁶⁾, insbesondere auch in einer anderen OHG/KG²⁸⁷⁾ sowie in einer GbR²⁸⁸⁾. Auch die GbR kann Mitglied einer Kapitalgesellschaft²⁸⁹⁾ sowie nach herrschender Meinung einer anderen GbR sein²⁹⁰⁾. Nach herrschender Meinung kann jedoch eine GbR nicht Mitglied einer OHG/KG sein²⁹¹⁾. Diese Meinung wird u.a. insbesondere damit begründet, daß wegen der nicht registerpflichtigen GbR für den Rechtsverkehr Unklarheiten hinsichtlich der Mitgliedschaftsverhältnisse entstehen können²⁹²⁾ und daß die (Voll-)Kaufmannseigenschaft des Gesellschafters einer OHG/KG der Mitgliedschaft einer GbR in einer Personenhandels-gesellschaft entgegen-

283) S. 119 bis 129.

284) NJW 1975, 718 bis 720.

285) BB 1983, 796 bis 803.

286) Vgl. Überblick bei Weippert, S. 120, Fußn. 478 - 483.

287) Baumbach-Duden-Hopt, § 105, Bem. 1, C; Westermann, Handbuch, Rdn. 118 mwN.

288) MünchKomm-Ulmer, § 705, Rdn. 66.

289) Vgl. Überblick bei Weippert, S. 120, Fußn. 484.

290) MünchKomm-Ulmer, § 705, Rdn. 67 und Klamroth, BB 1983, 796 (798/799) jeweils mit weiteren Nachweisen auch auf die abweichende Mindermeinung.

291) GroßKo-Fischer, § 105, Anm. 128; Westermann, Handbuch, Rdn. 119; Hueck, OHG, § 2, I, 3, b, S. 23; Baumbach-Duden-Hopt, § 105, Bem. 1, D; MünchKomm-Ulmer, § 705, Rdn. 67; Hohner, NJW 1975, 718 f.; OLG Zweibrücken, OLGZ 1982, 455 ff. gegen GbR als Kommanditistin.

292) So insbes. Hohner, a.a.O., S. 719.

stehe 293). Klamroth 294) und Weippert 295) setzen sich mit der herrschenden Meinung auseinander und kommen mit beachtlichen Argumenten zu der Gegenauffassung, daß auch die GbR Mitglied einer OHG/KG sein kann.

Ist die Gesellschaft Mitglied einer Kapitalgesellschaft oder einer GbR, führt die Entstehung der nicht vollkaufmännischen Schein-KG und die Umwandlung zur GbR zu keinerlei Konsequenzen, da auch die GbR Mitglied in diesen Gesellschaften sein kann.

Das gilt nach der Auffassung von Weippert und Klamroth auch, wenn die Gesellschaft Mitglied einer OHG/KG ist. Folgt man der herrschenden Meinung, verliert die Gesellschaft mit der Entstehung einer nicht vollkaufmännischen Schein-KG ihre Mitgliedsfähigkeit in einer OHG/KG. Das führt jedoch nicht zur Auflösung der Obergesellschaft gem. § 131 Ziff. 4 HGB, da die Mitgliedsgesellschaft nicht ihre Existenz verloren, sondern nur ihre Rechtsform geändert hat. Rechtsträger des Anteils an der Obergesellschaft waren die Gesellschafter der inzwischen entstandenen Schein-KG in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als KG. Wenn der gesamthänderische Verband in seiner jetzigen Rechtsform als GbR nach herrschender Meinung nicht mehr Inhaber des Anteils an der OHG/KG sein kann, bleibt die Möglichkeit, daß die einzelnen Gesellschafter ohne gesamthänderische Verbindung entsprechend ihrem Anteil an der Schein-KG Inhaber des Gesellschaftsanteils an der Obergesellschaft werden 296).

293) So insbes. Westermann, a.a.O.

294) A.a.O., S. 799 bis 803.

295) A.a.O., S. 119 bis 129.

296) So Engelhardt, NJW 1962, 1489/1490 für den Fall, daß die Gesellschafter einer Mitglieds-OHG ihre gesamthänderische Verbundenheit bzgl. des Anteils an einer Obergesellschaft bewußt auflösen.

Ergebnis zu T E I L II

Die nicht vollkaufmännische Schein-KG ist in Wirklichkeit eine GbR.

Die Rechtsformänderung bzw. Typenverfehlung hat nur geringe Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Gesellschaft.

Die Haftungssituation für das Gesellschaftsvermögen verändert sich kaum. In materiell-rechtlicher Hinsicht ergeben sich keine praktischen Auswirkungen, da einerseits gem. § 5 HGB weiterhin KG-Recht gilt, wenn die Schein-KG (noch) im Handelsregister eingetragen ist (Fälle 1 und 3), und andererseits (Fälle 2 und 4) das Gesellschaftsvermögen in GbR und KG nach inhaltlich gleichen Regeln haftet, wobei § 351 HGB nach Rechtsscheinsgrundsätzen nicht zur Anwendung kommt.

Im Verfahrensrecht ergibt sich nur in den Fällen 2 und 4, in denen die Gesellschaft nicht im Handelsregister eingetragen ist, das Erfordernis, das Klagerubrum zu korrigieren sowie einen Vollstreckungstitel bzw. eine -klausel analog § 727 ZPO umzuschreiben dahin, daß anstelle der ehemaligen KG die einzelnen Gesellschafter als Partei bezeichnet werden.

Ansonsten entfallen nach der Entstehung der nicht vollkaufmännischen Schein-KG für die Gesellschaft das Firmierungsrecht und die Buchführungspflicht sowie die Termingeschäftsfähigkeit nach dem BörsG und die Mitgliedsfähigkeit in einer Personenhandelsgesellschaft. In den Fällen 2 und 4 sind außerdem die §§ 29 Abs. 2, 38 Abs. 1 und 1027 Abs. 2 ZPO nicht mehr anwendbar.

T E I L I I I

RECHTSSTELLUNG DER GESELLSCHAFTER DER
NICHT VOLLKAUFMÄNNISCHEN SCHEIN-KG

§ 6

HAFTUNG DER GESELLSCHAFTER DER NICHT VOLLKAUF-
MÄNNISCHEN SCHEIN-KG FÜR GESELLSCHAFTSVERBIND-
LICHKEITEN MIT IHREM PRIVATVERMÖGEN

Nach der Entstehung der nicht vollkaufmännischen Schein-KG sind deren Mitglieder nicht (mehr) Gesellschafter einer KG, sondern einer GbR. Damit entfällt möglicherweise die Geltung der §§ 161 Abs. 2, 128 HGB, für die das Recht der GbR keine entsprechenden Vorschriften aufweist. Im Recht der GbR fehlen außerdem Bestimmungen, die wie die §§ 171 ff. HGB für den Kommanditisten die Haftung einzelner Gesellschafter einschränken. Es verändert sich also mit der Entstehung der nicht vollkaufmännischen Schein-KG möglicherweise die Verpflichtung der Gesellschafter, für Gesellschaftsverbindlichkeiten neben dem Gesellschaftsvermögen auch mit ihrem Privatvermögen eintreten zu müssen.

I.

Vergleich der Haftung der Gesellschafter in KG
und GbR für Gesellschaftsverbindlichkeiten mit
ihrem Privatvermögen

Bevor die Haftungssituation der Gesellschafter der nicht vollkaufmännischen Schein-KG näher untersucht wird, soll zunächst wieder ein Vergleich zwischen KG und GbR angestellt werden, und zwar hinsichtlich der Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten mit ihrem Privatvermögen.

1) Der Komplementär haftet gem. §§ 161 Abs. 2, 128 Satz 1, 124 Abs. 1 HGB für sämtliche Verbindlichkeiten der KG den Gläubigern persönlich mit seinem Privatvermögen. Diese Haftung beschränkt sich nicht etwa auf privatrechtliche Verbindlichkeiten - z.B. auch aus Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigter Bereicherung sowie unerlaubter Handlung -, sondern erfaßt auch Verpflichtungen aus dem öffentlichen Recht (z.B. Steuerschulden) sowie aus dem Strafrecht (z.B. Geldstrafe für die KG) ²⁹⁷⁾.

Den §§ 161 Abs. 2, 129 Abs. 4 HGB ist zu entnehmen, daß zur Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen des Komplementärs auf der Grundlage der (Mit-)Haftung für eine Gesellschaftsverbindlichkeit ein Titel gegen den Komplementär persönlich erforderlich ist.

297) GroßKo-Fischer, § 128, Anm. 14; Baumbach-Duden-Hopt, § 128, Bem. 1, B.

2) Die Haftung des Kommanditisten für Gesellschaftsverbindlichkeiten mit seinem Privatvermögen unterscheidet sich inhaltlich nicht von der des Komplementärs²⁹⁸⁾. Auch der Kommanditist haftet also für Gesellschaftsverbindlichkeiten jeder Art, z.B. auch aus unerlaubter Handlung oder für öffentlich-rechtliche Steuerschulden²⁹⁹⁾.

Zur Zwangsvollstreckung in sein Privatvermögen bedarf es ebenfalls eines gegen den Kommanditisten persönlich gerichteten Titels (§§ 161 Abs. 2, 129 Abs. 4 HGB).

Die §§ 171 ff. HGB regeln im Unterschied zu der Haftung des Komplementärs die nachstehend näher beschriebenen Besonderheiten der Kommanditistenhaftung:

a) Der Kommanditist haftet den Gäubigern der KG gem. § 171 Abs. 1 erster Halbsatz HGB mit seinem Privatvermögen nur "bis zur Höhe seiner Einlage". Man spricht besser von der im Gesellschaftsvertrag festgesetzten Haftsumme im Unterschied zu der im Innenverhältnis geltenden Einlagepflicht als Beitragsverpflichtung des Kommanditisten gegenüber der KG³⁰⁰⁾. Diese Haftungsbeschränkung wird erst durch entsprechende Mitteilung im Außenverhältnis, im Regelfall durch Eintragung in das

298) GroßKo-Schilling, § 171, Anm. 10; Baumbach-Duden-Hopt, § 171, Bem. 1, B; Westermann, Handbuch, Rdn. 902, spricht von wesensmäßiger Übereinstimmung und Crezelius, BB 1983, 5 (9) von gleicher Qualität der Haftung.

299) So ausdrücklich GroßKo-Schilling, a.a.O.

300) Dazu im einzelnen Westermann, Handbuch, Rdn. 798/799 und 908; Riegger, BB 1979, 1380 (1381).

Handelsregister wirksam³⁰¹⁾, und zwar gem. § 172 Abs. 1 HGB in Höhe der eingetragenen Haftsumme. Gem. § 171 Abs. 1 zweiter Halbsatz HGB kann der Kommanditist die beschränkte Haftung für KG-Verbindlichkeiten mit seinem Privatvermögen ganz ausschließen, indem er seine Einlageverpflichtung gegenüber der KG erfüllt. Zu einer vollständigen Haftungsbefreiung ist allerdings eine Einlageleistung erforderlich, die wertmäßig mindestens der eingetragenen Haftsumme entspricht³⁰²⁾.

b) § 176 HGB hebt unter bestimmten Voraussetzungen die beschränkte Kommanditistenhaftung auf. Da der in § 176 Abs. 2 HGB geregelte Fall des Eintritts eines Kommanditisten in eine schon bestehende Handelsgesellschaft nicht Gegenstand dieser Untersuchung ist, soll hier nur auf § 176 Abs. 1 HGB eingegangen werden. Dabei soll nicht die ganze "Fülle von Anwendungsproblemen"³⁰³⁾ des § 176 HGB abgehandelt werden, sondern der hier interessierende Haftungsumfang der unbeschränkten Kommanditistenhaftung im Mittelpunkt stehen.

aa) § 176 Abs. 1 HGB setzt zunächst den Geschäftsbeginn einer (noch) nicht im Handelsregister eingetrag-

301) Westermann, Handbuch, Rdn. 909 mit weiteren Nachweisen; zu der Sonderregelung des § 176 HGB siehe die nachstehenden Ausführungen unter I, 2, b.

302) Westermann, Handbuch, Rdn. 916/917 und 925 mit weiteren Nachweisen.

303) So Crezelius, BB 1983, 5, auf dessen Gesamtdarstellung aller wesentlichen Probleme des § 176 HGB hier verwiesen sei; vgl. auch die Kommentierung bei Schlegelberger-Schmidt zu § 176 HGB.

nen KG voraus, die ein Grundhandelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB betreibt. Alle anderen Gewerbearten, deren Betreiber erst durch Eintragung in das Handelsregister Kaufleute werden können - das ist der wesentliche Inhalt des § 2 HGB -, scheiden gem. § 176 Abs. 1 Satz 2 HGB aus. Der Gewerbebetrieb muß außerdem eine kaufmännische Einrichtung erfordern, darf also nicht minderkaufmännisch sein, da § 176 Abs. 1 HGB von einer schon bestehenden und ohne Eintragung in das Handelsregister nach §§ 161 Abs. 2, 123 Abs. 2 HGB entstandenen KG ausgeht ³⁰⁴⁾.

Der Geschäftsbeginn ³⁰⁵⁾ muß mit Zustimmung des Kommanditisten erfolgt sein, den der Gläubiger der KG persönlich mit seinem Privatvermögen in Anspruch nehmen will. Diese Zustimmung muß nicht ausdrücklich gegeben worden sein, sondern kann sich auch aus schlüssigem Verhalten des Kommanditisten ergeben ³⁰⁶⁾.

Wenn der Gläubiger Kenntnis von der Kommanditistenstellung des betreffenden Gesellschafters hat, greift § 176 Abs. 1 HGB nicht ein. Die Möglichkeit dieser Kenntnis oder das Kennenmüssen, auch wenn die Unkenntnis auf Fahrlässigkeit beruht, genügt nicht ³⁰⁷⁾. Die Kenntnis des Gläubigers, daß es sich um eine KG handelt, genügt auch nicht, da er dann zwar weiß, daß an der Gesellschaft

304) Vgl. oben § 2, I, 2, b, bb) und cc).

305) Entspricht dem in § 123 Abs. 2 HGB geregelten Geschäftsbeginn, vgl. oben § 2, I, 2, b, aa).

306) RGZ 128, 172 (180); GroßKo-Schilling, § 176, Anm. 8; Schlegelberger-Schmidt, § 176, Rdn. 11.

307) RGZ 128, 172 (182); Westermann, Handbuch, Rdn. 909; Baumbach-Duden-Hopt, § 176, Bem. 1, B; Priester, BB 1980, 911.

mindestens ein Kommanditist beteiligt ist, aber nicht, welcher Gesellschafter Kommanditist ist ³⁰⁸⁾. Die Größenordnung der Haftsumme muß der Gläubiger allerdings nicht kennen, sondern nur die Kommanditisteneigenschaft des Schuldners ³⁰⁹⁾.

bb) Unter den vorstehenden Voraussetzungen haftet der Kommanditist für zwischen Geschäftsbeginn und Eintragung der KG in das Handelsregister begründete Gesellschaftsverbindlichkeiten gem. § 176 Abs. 1 HGB mit seinem Privatvermögen "gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter". Damit entfällt die in §§ 171 ff. HGB geregelte Beschränkung der Kommanditistenhaftung. Äußerst umstritten ist, ob gem. § 176 Abs. 1 HGB die Beschränkung der Kommanditistenhaftung für alle Gesellschaftsverbindlichkeiten, gleich welchen Rechtsgrundes,

308) Priester, a.a.O. (912); Westermann, a.a.O.; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 176, Anm. 6; Flume, Personengesellschaft, § 16, IV, 5, S. 334; a.A. andeutungsweise Lieb, ZHR 141, 374 (379), dem insoweit gefolgt werden kann, als der Firmierung als GmbH & Co KG entnommen werden kann, daß alle natürlichen Personen, die an dieser Gesellschaft beteiligt sind, Kommanditisten sind, was als "Kenntnis" im Sinne von § 176, Abs. 1, Satz 1 a.E. HGB ausreicht; so Limbach, GmbH-Rdsch., 1967, 165; Schmidt, JZ 1974, 219 (220) und NJW 1982, 886; inzwischen wohl auch der BGH, DB 1983, 1419 (1420), unter Hinweis auf den neuen § 19, Abs. 5 HGB.

309) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 176, Anm. 6; Westermann, Handbuch, Rdn. 909.

entfällt ³¹⁰⁾ oder nur für die im rechtsgeschäftlichen Verkehr der Gesellschaft begründeten ³¹¹⁾. Die zuletzt genannte Auffassung ³¹²⁾ schränkt den Geltungsbereich des § 176 Abs. 1 HGB entgegen seinem Wortlaut ³¹³⁾ unter Hinweis auf den angeblichen Sinn und Zweck dieser Vorschrift ein. § 176 Abs. 1 HGB sei ein gesetzlicher

- 310) GroßKo-Schilling, § 176, Anm. 12; Heymann/Kötter, § 176, Bem. 3; Westermann, Handbuch, Rdn. 912; Lehmann/Dietz, § 27, III, 2 b), S. 205; Kornblum, Haftung der Gesellschafter, S. 250; Crezelius, BB 1983, 5 (11); Barella, DB 1952, 465; Berg, JuS 1974, 685 (691/692); Knobbe-Keuk, S. 187 (200); RGZ 128, 172 (181); BSG, MDR 1976, 259 (260).
- 311) Schlegelberger-Schmidt, § 176, Rdn. 36; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 176, Anm. 6; Hueck, Gesellschaftsrecht, § 18, VI, 3 c), S. 146; Reinhardt/Schultz, Rdn. 282; Neumann-Duesberg, DB 1965, 769 (771); Priester, BB 1980, 911 (914); LG Osnabrück, Nieders Rpflg 1959, 274; wohl auch der BGH, NJW 1982, 883 (885), der eine unbeschränkte Haftung gem. § 176, Abs. 1 HGB für deliktische Verbindlichkeiten ablehnt; dem BGH folgend Baumbach-Duden-Hopt, § 176, Bem. 1, A.
- 312) Die teilweise dahin präzisiert wird, daß die Haftungsbeschränkung für alle Schuldverhältnisse der KG entfällt, für deren Begründung die Kenntnis der Haftungsverhältnisse in der KG ursächlich war (so LG Osnabrück, a.a.O.) bzw. bei denen die Position des Gläubigers rechtsgeschäftlich beeinflußt ist (Priester, a.a.O.), und auf Ansprüche aus rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen ausgedehnt wird (Schlegelberger-Schmidt, § 176, Rdn. 36).
- 313) Aus dem nach Auffassung des BGH, a.a.O., "keine weitergehenden Schlüsse" zu ziehen sind.

Rechtsscheinstatbestand³¹⁴⁾ und bezwecke ähnlich § 15 HGB den Schutz des Rechtsverkehrs³¹⁵⁾, der mangels Eintragung der KG in das Handelsregister über den Haftungsumfang der einzelnen Gesellschafter nicht informiert sei. Außerdem solle § 176 HGB den Rechtsverkehr, der auf die für Personengesellschaften typische Haftung der Gesellschafter vertraut, vor Nachteilen, die sich aus der beschränkten Kommanditistenhaftung ergeben können, schützen³¹⁶⁾. Das zu schützende Vertrauen könne nur rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten beeinflussen, da deren Begründung im Unterschied zu gesetzlich veranlaßten Verbindlichkeiten von einem Entschließungsakt des Vertrauenden abhängige, so daß der Regelungszweck des § 176 Abs. 1 HGB nur derartige Verbindlichkeiten erfasse³¹⁷⁾. Es sei auch nicht sinnvoll, die Haftungsbeschränkung des Kommanditisten von der Kenntnis oder Unkenntnis eines durch eine unerlaubte Handlung betroffenen Opfers vom Haftungsumfang der Gesellschafter abhängig zu machen³¹⁸⁾.

Diese Auffassung vermag nicht zu überzeugen. Nach wohl einhelliger Meinung kann der nicht informierte Gläubiger den Kommanditisten auch dann unbeschränkt in Anspruch nehmen, wenn er dessen Beteiligung als Gesellschafter

314) Reinhardt/Schultz, Rdn. 282; Limbach, GmbH-Rdsch., 1967, 165; Binz, GmbH-Rdsch., 1976, 29 (33).

315) Schlegelberger-Schmidt, § 176, Rdn. 36 und 44.

316) So insbesondere LG Osnabrück, Nieders Rpflg 1959, 274; auch Riegger, BB 1979, 1380 (1381); BGH, NJW 1982, 883 (885).

317) Neumann-Duesberg, DB 1965, 769 (771); Priester, BB 1980, 911 (914).

318) BGH, a.a.O.

der KG bei Begründung der Gesellschaftsverbindlichkeit noch gar nicht kannte ³¹⁹⁾. In diesem Fall konnte der Gläubiger gar nicht auf eine beschränkte oder unbeschränkte Haftung des Kommanditisten vertrauen und in diesem Vertrauen seine Entschlüsse treffen, so daß die Deutung des § 176 Abs. 1 HGB als Vertrauensschutznorm sehr fraglich erscheint ³²⁰⁾. Weitere Zweifel an dieser Deutung ergeben sich auch im Hinblick darauf, daß die unbeschränkte Haftung zugunsten des vertrauenden Gläubigers nicht in Betracht kommt, wenn der Kommanditist, auf dessen unbeschränkte Haftung der Gläubiger möglicherweise vertraute, dem Geschäftsbeginn der KG nicht zugestimmt hat ³²¹⁾.

Zutreffend erscheint mir daher zumindest im Ergebnis die Gegenauffassung, nach der ein Kommanditist unter den Voraussetzungen des § 176 Abs. 1 HGB unbeschränkt für jede Art von Gesellschaftsverbindlichkeiten mit seinem Privatvermögen haftet ³²²⁾. Die dafür meist abgegebene Begründung, durch § 176 Abs. 1 HGB solle auf den Kommanditisten Druck ausgeübt werden, möglichst vor oder alsbald nach Geschäftsbeginn die Eintragung der KG in das

319) GroßKo-Schilling, § 176, Anm. 9; RGZ 128, 172 (182); Westermann, Handbuch, Rdn. 909; auch Schlegelberger-Schmidt, § 176, Rdn. 12 und BGH, NJW 1982, 883 (885), die § 176 HGB als angebliche Vertrauensschutznorm auf rechtsgeschäftliche bzw. rechtsgeschäftsähnliche Verbindlichkeiten beschränken.

320) Westermann, Handbuch, Rdn. 909 und 912; Kornblum, Haftung der Gesellschafter, S. 250; Knobbe-Keuk, S. 187 (200) sieht m.E. zu Recht keine Parallele zwischen § 15 und § 176 HGB.

321) Heymann/Kötter, § 176, Bem. 3; Kornblum, a.a.O.

322) Siehe Fußn. 310.

Handelsregister zu veranlassen³²³⁾, und wirke als "zivilrechtliche Strafe der Nichtbefolgung handelsrechtlicher Eintragungsvorschriften"³²⁴⁾, vermag allerdings ebenfalls nicht zu überzeugen. Mit einer solchen Straf- oder Druckfunktion unvereinbar erscheint die dem Kommanditisten eingeräumte Möglichkeit, den Gläubiger von seiner Kommanditistenstellung in Kenntnis zu setzen, um die Haftung zu beschränken, ohne dabei die Eintragung der KG veranlassen zu müssen³²⁵⁾. Es ist auch nicht erkennbar, aus welchen Gründen ein solcher Druck auf den Kommanditisten ausgeübt werden soll³²⁶⁾, und warum nur er und nicht auch der Komplementär zu bestrafen ist³²⁷⁾. Gesetzliche Mittel zur Erzwingung von Eintragungen in das Handelsregister sind nicht in § 176 Abs. 1 HGB, sondern in § 14 HGB vorgesehen³²⁸⁾.

Die unbeschränkte Kommanditistenhaftung für alle Gesellschaftsverbindlichkeiten gem. § 176 Abs. 1 HGB läßt sich m.E. überzeugend mit dem insbesondere von Crezelius³²⁹⁾ und Kötter³³⁰⁾ sowie auch von Flume³³¹⁾ entwickelten

323) Westermann, Handbuch, Rdn. 912; Lehmann/Dietz, § 27, III, 2 b), S. 206.

324) RGZ 128, 172 (181); OLG Frankfurt, BB 1972, 333; Berg, JuS 1974, 685 (692); Kornblum, Haftung der Gesellschafter, S. 250.

325) Crezelius, BB 1983, 5 (8); Priester, BB 1980, 911 (912).

326) Crezelius, a.a.O.; allenfalls, um ihn selbst vor der unbeschränkten Haftung zu schützen.

327) Diese Frage wirft Beyerle auf und führt in DB 1973, 557 ff. zahlreiche weitere Argumente gegen die Beurteilung des § 176, Abs. 1, Satz 1 HGB als Strafvorschrift an.

328) Priester, a.a.O.

329) BB 1983, 5 (8 ff.).

330) In Heymann/Kötter, § 176, Anm. 3.

331) Personengesellschaft, § 16, IV, 5, S. 333; so auch Knobbe-Keuk, S. 187 (200).

Verständnis dieser Vorschrift begründen. Danach liegt § 176 Abs. 1 HGB der Gedanke zugrunde, daß der, der - insbesondere als Mitglied einer Personenhandelsgesellschaft - sich am Rechtsverkehr beteiligt bzw. der Beteiligung seines Personenverbandes am Rechtsverkehr zustimmt, grundsätzlich unbeschränkt für alle Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet³³²⁾. Erst mit der Eintragung in das Handelsregister wird dieser Grundsatz durchbrochen und die Haftung des Kommanditisten eingeschränkt³³³⁾. Nach dieser Auffassung wird der nach § 176 Abs. 1 Satz 1 a.E. HGB vorgesehene Haftungsaus- schluß bei Kenntnis des Gläubigers von der Kommandi- tistenstellung des Schuldners als ein gesetzlich gere- gelter Fall der allgemeinen Arglistenrede angesehen³³⁴⁾. Zutreffend weist Schilling³³⁵⁾ außerdem darauf hin, daß der Wortlaut des § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB - "haftet jeder Kommanditist ... gleich einem persönlich haftenden Ge- sellschafter" - keinen Anlaß für eine Unterscheidung zwischen verschiedenen oder eine Beschränkung auf einige Gesellschaftsverbindlichkeiten gibt. Schließlich soll § 176 Abs. 1 HGB auch Gläubiger nicht rechtsgeschäftlich begründeter Verbindlichkeiten davor schützen, daß die

332) Das ergibt sich aus § 128 HGB, der gem. § 161, Abs. 2 HGB auch für alle KG-Ge- sellschafter gilt, soweit die §§ 171 ff. HGB keine abweichenden Sonderregeln für den Kommanditisten enthalten.

333) Auch der BGH, NJW 1982, 883 (884) geht davon aus, daß § 176 HGB - neben dem Ver- trauensschutz - "den Zweck verfolgt, die beschränkte Haftung von Gesellschaftern einer Handelsgesellschaft generell von einer entsprechenden Publizität abhängig zu machen".

334) Crezelius, a.a.O. (9); Heymann-Kötter, a.a.O.; Flume, a.a.O.

335) In GroßKo, § 176, Anm. 12.

KG-Gesellschafter eine nur intern festgelegte und bekannte Haftungsregelung beliebig z.B. durch rückdatierte Vereinbarungen manipulieren ³³⁶⁾.

Diese Gründe rechtfertigen es, daß gem. § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB der Kommanditist für jede Art von KG-Verbindlichkeiten mit seinem Privatvermögen haftet.

3) Im Recht der GbR fehlen gesetzliche Bestimmungen, die - wie z.B. § 128 HGB - anordnen, daß die Gesellschafter für Gesamthandsverbindlichkeiten auch mit ihrem Privatvermögen haften. Ob und in welchem Umfang dennoch von einer solchen Haftung ausgegangen werden kann, ist äußerst umstritten und soll nachfolgend geklärt werden.

a) Nach der Rechtsprechung ³³⁷⁾ und der weit überwiegenden Auffassung in der Literatur ³³⁸⁾ bedarf die (Mit-)Haftung des GbR-Gesellschafters für Gesamthandsverbindlichkeiten mit seinem Privatvermögen eines zu-

336) BSG, MDR 1976, 259.

337) BGH, NJW 1979, 1821 = JR 1979, 504; OLG Hamm, DB 1985, 963 = NJW 1985, 1846.

338) MünchKomm-Ulmer, § 714, Rdn. 24 f.; Soergel-Hadding, § 714, Rdn. 9 und 38; Palandt-Thomas, § 714, Bem. 3, b; Staudinger-Keßler, § 718, Rdn. 15; BGB-RGRK-v. Gamm, § 714, Anm. 7; Jauernig-Stürner, § 715, Bem. 1; Larenz, SchuldR-BT, § 60, IV, c, S. 397; Westermann, Handbuch, Rdn. 379 f.; Hueck, GesellschaftsR, § 8, II, 3, S. 57; Fischer, GbR, S. 70; Klauss/Lange, Rdn. 174 ff.; Hopt/Hehl, Rdn. 212; Hoffmann, NJW 1969, 724 (725); Hommelhoff, JR 1979, 505 (506); für rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten auch Beuthien, DB 1975, 773 (776).

sätzlichen, ihn persönlich treffenden Verpflichtungsgrundes. Danach begründen die geschäftsführenden Gesellschafter beim Handeln namens der GbR nicht nur eine Haftung der Gesamthand, sondern auch ihres Privatvermögens sowie im Rahmen ihrer Vertretungsmacht nach § 714 BGB gleichzeitig auch eine persönliche Verpflichtung der Mitgesellschafter. Man spricht deshalb meistens von der sogenannten "Theorie der Doppelverpflichtung".

Die Gegenansicht ³³⁹⁾ geht von einer Rechtslage aus, die der in OHG/KG und damit dem § 128 HGB entspricht. Danach soll eine Akzessorietät zwischen Gesellschaftsschuld und Haftung der GbR-Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen bestehen. Die Begründung dieser als "Akzessorietätstheorie" bezeichneten Auffassung ist sehr unterschiedlich. Flume ³⁴⁰⁾ stellt auf das Wesen der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand ab und meint, "weil die Gesellschaft als Gruppe aus den Gesellschaftern besteht, ist die Sache der Gesellschaft grundsätzlich auch die Sache eines jeden Gesellschafters, und so trifft den Gesellschafter die Haftung für die Verpflichtungen der Gesellschaft als Ver-

339) Flume, Personengesellschaft, § 16, IV, 3, S. 326 f. sowie in Festschrift für H. Westermann, 119 (129 f.); Wiedemann, JZ 1980, S. 196 f.; Kornblum, Haftung der Gesellschafter, S. 38 ff.; Reinhardt, JZ 1974, 768/769; Schmidt, GesellschaftsR, § 60, III, 2, S. 1344 f. bei "unternehmenstragender" GbR; für bereicherungsrechtliche Ansprüche Thielmann, ZHR 136, 397 (405) und wohl auch Meincke, DB 1974, 1001 (1003); für deliktische Verbindlichkeiten von Erwerbsgesellschaften Nicknig, S. 49 und Beuthien, a.a.O., 775 (Fußn. 69).

340) Personengesellschaft, § 16, IV, 3, S. 326.

pflichtung in eigener Sache". Wiedemann ³⁴¹⁾ will § 128 HGB analog auf die GbR-Gesellschafter anwenden und begründet das mit einer "Einheitsstruktur der Personengesellschaften im Deutschen Recht" ³⁴²⁾ und der allgemein anerkannten Möglichkeit, eine GbR jederzeit in eine Personengesellschaft umzuwandeln. Kornblum ³⁴³⁾ und Reinhardt ³⁴⁴⁾ verweisen auf die Möglichkeit der Personengeschafter - im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaftern -, das Gesellschaftsvermögen jederzeit und ohne Einfluß der Gesellschaftsgläubiger zu deren Lasten vermindern und sogar vollständig aufteilen zu können. Zum Ausgleich dafür müßten die Gesellschaftsgläubiger durch eine generelle Mithaftung des Privatvermögens der Gesellschafter neben dem manipulierbaren Gesellschaftsvermögen gesichert werden.

Das überwiegend zur Begründung der "Theorie der Doppelverpflichtung" angeführte Argument, die unterschiedslose Strenge der handelsrechtlichen Haftungsbestimmungen - insbesondere des § 128 HGB - passe nicht zur Vielgestaltigkeit der Erscheinungsformen einer GbR und lasse den vielfältigen Verwendungsmöglichkeiten dieser Gesellschaftsform zu wenig Spielraum ³⁴⁵⁾, erscheint mir zumindest für eine GbR, die - wie in den hier angespro-

341) A.a.O. (196).

342) Nicknig, S. 49, spricht von "enger Verwandtschaft" zwischen OHG und GbR, die eine Analogie von § 128 HGB rechtfertigen soll.

343) A.a.O. (38).

344) A.a.O. (769).

345) BGH, NJW 1979, 1821; Wiesner, JuS 1981, 331 (334); Nicknig, S. 4; Hommelhoff, JR 1979, 505 (506).

chenen Fällen - wie eine OHG/KG Erwerbsgeschäfte tätig, wenig überzeugend. Dennoch sprechen wohl aus folgenden Gründen die besseren Argumente für diese Theorie: Zunächst muß festgestellt werden, daß der Gesetzgeber davon abgesehen hat, für die GbR eine dem § 128 HGB entsprechende Regelung zu statuieren ³⁴⁶⁾. Das spricht gegen die von Wiedemann unterstellte "Einheitsstruktur der Personengesellschaften". Die allenfalls erkennbare "Strukturverwandtschaft" der Personengesellschaften reicht nur so weit, wie die §§ 105 ff., 161 ff. HGB für OHG/KG nicht besondere handelsrechtliche Regelungen treffen, die - wie § 128 HGB - im Recht der GbR nicht zu finden sind ³⁴⁷⁾. Das Fehlen einer gesetzlichen Norm wie § 128 HGB bei dem Grundmodell der Personengesellschaft, der GbR, verdeutlicht, daß dem Wesen der Gesamthand die persönliche (Mit-)Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen kaum immanent sein dürfte ³⁴⁸⁾. Gegen diese Ansicht von Flume führt Ulmer ³⁴⁹⁾ zusätzlich die beschränkte Kommanditistenhaftung an. Der Gesamthandsbegriff besagt vorrangig etwas darüber aus, in welcher Art den Gesellschaftern das gemeinschaftliche Vermögen zugeordnet ist ³⁵⁰⁾. Auch das Fehlen eines Mindestkapitals der GbR zur Absicherung von Gesellschaftsgläubigern sowie die Manipulierbarkeit des Gesellschaftsvermögens rechtfertigen für sich entgegen Kornblum und Reinhardt

346) Nach Auffassung von Nicknig, S. 4, bewußt, um der GbR eine große Zahl von Anwendungsformen zu ermöglichen.

347) Beuthien, DB 1975, 773 (774).

348) Lipp, BB 1982, 74 (75).

349) In MünchKomm, § 714, Rdn. 26; ähnlich Wiesner, JuS 1981, 331 (333).

350) Beuthien, a.a.O.

noch keine akzessorische Haftung der GbR-Gesellschafter entsprechend § 128 HGB. Hinzu kommen müßte schon ein Schutzbedürfnis der GbR-Gläubiger, das dem der Gläubiger von OHG/KG entspricht. Ein Vergleich zwischen § 126 Abs. 2 HGB, der eine Beschränkung der Vertretungsmacht zum Schutz der Gläubiger Dritten gegenüber für unwirksam erklärt, und § 714 BGB, der derartige Beschränkungen zum Nachteil Dritter zuläßt ³⁵¹⁾, zeigt deutlich, daß der Gesetzgeber den GbR-Gläubigern ein wesentlich geringeres Schutzbedürfnis zugebilligt hat, das mit dem der Gläubiger von OHG/KG nicht gleichzusetzen ist ³⁵²⁾.

Die Argumente, die Lipp ³⁵³⁾ gegen die "Theorie der Doppelverpflichtung" anführt, um die von ihm vertretene "Theorie der einen Verpflichtung" ³⁵⁴⁾ zu begründen, vermögen nicht zu überzeugen. Die "Theorie der Doppelverpflichtung" will keine "rechtliche Verdoppelung der Gesellschafter", sondern geht von der gleichzeitigen Verpflichtung zweier unterschiedlicher Haftungsobjekte, dem Gesellschaftsvermögen der Gesamthand und dem Privatvermögen der Gesellschafter aus. Zu Unrecht sieht Lipp Schwächen dieser Theorie im Falle der ungerechtfertigten Bereicherung des Gesellschaftsvermögens ³⁵⁵⁾, weil er auf die Frage, aus welchen Gründen das nicht bereicherte

351) Das ist allgemeine Meinung; umstritten ist jedoch, ob und in welcher Weise der Gläubiger über die beschränkte Vertretungsmacht informiert werden bzw. sich selbst informieren muß; vgl. dazu unten III, 2, a, cc).

352) Nicknig, S. 23; MünchKomm-Ulmer, § 714, Rdn. 27.

353) BB 1982, 74 (75, 76).

354) Vgl. oben § 5, I, 1, b, aa), Fußn. 166, 169.

355) Siehe dazu unten I, 3, b, cc).

Privatvermögen des GbR-Gesellschafters auch in einem solchen Fall haften soll, gar nicht eingeht. Soweit Lipp schließlich meint, die "Theorie der Doppelverpflichtung" versage bei gemeinsamem Handeln aller GbR-Gesellschafter, weil dann der Weg, durch Vertretung über § 714 BGB auch das Privatvermögen der Mitgesellschafter zu verpflichten, entfalle, sieht er zu Unrecht den Vertretungsgedanken als Grundlage dieser Theorie. Wesentlich ist vielmehr, daß es nach dieser Auffassung zur Haftung des Privatvermögens der Gesellschafter für Gesamthandsverbindlichkeiten eines zusätzlichen Verpflichtungsstatbestandes bedarf.

b) Auf der Grundlage der "Theorie der Doppelverpflichtung" ergibt sich für die Haftung der GbR-Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen für Gesamthandsverbindlichkeiten folgendes:

aa) Neben dem Gesellschaftsvermögen haftet für rechtsgeschäftlich begründete Gesamthandsverbindlichkeiten das private Gesellschaftervermögen nur auf der Grundlage einer selbständigen, auf dieses Privatvermögen bezogenen Verpflichtung. Soweit teilweise angenommen wird, diese Verpflichtung ergebe sich aus § 427 BGB ³⁵⁶⁾, kann dem nicht gefolgt werden. Über die Begründung einer Verpflichtung sagt diese Vorschrift nichts aus, sondern setzt die Verpflichtung mehrerer Schuldner voraus und ordnet unter bestimmten

356) Hopt/Hehl, Rdn. 212; Hoffmann, NJW 1969, 724 (725).

Voraussetzungen eine gesamtschuldnerische Haftung an ³⁵⁷⁾.

Die private (Mit-)Haftung der Gesellschafter für rechtsgeschäftliche Gesamthandsverbindlichkeiten wird vielmehr regelmäßig ebenfalls rechtsgeschäftlich begründet ³⁵⁸⁾. Zu ausdrücklichen Willenserklärungen zwischen den GbR-Gesellschaftern oder des geschäftsführenden GbR-Gesellschafters und Dritten dahin, daß auch das Privatvermögen der Gesellschafter haften soll, wird es zwar selten kommen. In den hier angesprochenen Fällen soll für eine Erwerbsgesellschaft bürgerlichen Rechts, die regelmäßig am Rechtsverkehr teilnimmt und deren Mitglieder eigenes Interesse an einem wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft haben, durch ausdrückliche Willenserklärungen eine Gesamthandsverbindlichkeit begründet werden. Zumindest in diesen Fällen wird man von einer nach § 157 BGB beachtlichen Verkehrsauffassung ausgehen können, wonach regelmäßig sowohl das Gesamthands- als auch das Privatvermögen jedes GbR-Gesellschafters verpflichtet werden soll ³⁵⁹⁾. Die Willenserklärungen der am Vertragsschluß Beteiligten sind entsprechend auszulegen.

Zur Verpflichtung des Privatvermögens der nicht am Vertragsabschluß beteiligten Gesellschafter bedarf es zusätzlich einer entsprechenden Vertretung durch die geschäftsführenden Gesellschafter. Deren Vertretungsmacht

357) Larenz, SchuldR-BT, § 60, IV, c, S. 399; MünchKomm-Ulmer, § 714, Rdn. 29; Nicknig, S. 8.

358) BGH, JR 1979, 504; Soergel-Hadding, § 714, Rdn. 37 spricht von "vereinbarter Akzesorietät"; ähnlich Lindacher, JuS 1981, 818 (821).

359) MünchKomm-Ulmer, § 714, Rdn. 29; Nicknig, S. 9; GroßKo-Brüggemann, § 1, Rdn. 46.

ergibt sich aus § 714 BGB, der allerdings nicht eindeutig regelt, ob die Ermächtigung die Vertretung der anderen Gesellschafter sowohl als Mitglieder der Gesamthand als auch als Privatpersonen erfaßt. Nach Auffassung von Larenz ³⁶⁰⁾ ist diese Vorschrift ungenau formuliert und so zu verstehen, daß sie zu der vorgenannten Doppelverpflichtung der anderen Gesellschafter ermächtigt. Ulmer bejaht ebenfalls eine so weitreichende Vertretungsmacht der geschäftsführenden Gesellschafter. Er stützt sich dabei jedoch offensichtlich vorrangig auf eine entsprechende, an der Verkehrssitte orientierten Auslegung des Gesellschaftsvertrages, wenn dieser nicht ausdrücklich eine Beschränkung der Vertretungsmacht - etwa auf Verpflichtungen nur des Gesellschaftsvermögens - vorsieht ³⁶¹⁾.

Unter den vorerwähnten, im Regelfall erfüllten Voraussetzungen haften die GbR-Gesellschafter Dritten für rechtsgeschäftlich begründete Gesamthandsverbindlichkeiten auch mit ihrem Privatvermögen, und zwar gem. §§ 427, 431 BGB als Gesamtschuldner.

bb) Fraglich ist, ob das auch für Ansprüche, die aus Vertragsverletzungen durch die geschäftsführenden Gesellschafter resultieren, sowie für vertragsähnliche Ansprüche gilt.

Gegen eine private Mithaftung für Vertragsverletzungen seitens der geschäftsführenden Gesellschafter, die die Gesamthand zu vertreten hat, könnte § 425 Abs. 2 BGB sprechen, wonach sich ein Gesamtschuldner u.a. die von

360) SchuldR-BT, § 60, IV, c, S. 397.

361) MünchKomm-Ulmer, § 714, Rdn. 30.

einem anderen verschuldete Vertragsverletzung grundsätzlich nicht zurechnen lassen muß. Im Falle der gleichzeitigen Begründung von Gesamthandsverbindlichkeiten und privater Haftung aller Gesellschafter kann jedoch davon ausgegangen werden, daß sich im Sinne des § 425 Abs. 1 BGB "aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt". Die aufgrund der allgemeinen Interessenlage und Verkehrsauffassung bei Abschluß von Verträgen mit einer GbR angenommenen Doppelverpflichtung von Gesamthands- und Privatvermögen der Gesellschafter soll den Gesellschaftsgläubigern Sicherheit verschaffen. Eine solche Sicherheit wird vor allem bei Vertragsverletzungen erheblich, so daß ein Gläubiger, der sich nicht nur von der Gesamthand, sondern auch von den Gesellschaftern privat eine Leistung versprechen läßt, in aller Regel darauf vertraut, daß ihm alle Gesellschafter auch mit ihrem Privatvermögen für eine vertragsgemäße Erfüllung einstehen wollen. Es erscheint deshalb gerechtfertigt, wenn alle GbR-Gesellschafter im Falle einer der Gesamthand zurechenbaren Vertragsverletzung abweichend von der Regel des § 425 Abs. 2 BGB aufgrund der besonderen Natur des Vertragsverhältnisses auch mit ihrem Privatvermögen haften³⁶²⁾.

Aus den gleichen Gründen erscheint es angemessen, daß die GbR-Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen auch für Verbindlichkeiten aufgrund von Verletzung vorvertraglicher Verpflichtungen der Gesamthand durch die ge-

362) Beuthien, DB 1975, 773 /774); Nicknig, S. 14; MünchKomm-Ulmer, § 714, Rdn. 40; Palandt-Heinrichs, § 425, Bem. 1, c; Soergel-Hadding, § 714, Rdn. 37; Wiesner, JuS 1981, 331 (335).

schäftsführenden Gesellschafter haften³⁶³⁾.

Bei Eingehung eines Auftragsverhältnisses (§ 662 BGB) oder eines Geschäftsbesorgungsvertrages (§ 675 BGB) mit einer GbR werden die am Vertragsabschluß Beteiligten regelmäßig davon ausgehen, daß die GbR-Gesellschafter dem Auftragnehmer gem. § 670 BGB für dessen Aufwendungen notfalls auch aus ihrem Privatvermögen Ersatz leisten. Die Interessenlage ist mit der bei Ansprüchen, die aus Vertragsverletzungen resultieren, durchaus vergleichbar. Bei Vertragsabschluß wird so bereits die Grundlage für einen Aufwendungsersatzanspruch gem. § 670 BGB gelegt, der sich auch gegen das Privatvermögen der GbR-Gesellschafter richtet³⁶⁴⁾.

Bei einem Aufwendungsersatzanspruch aus berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 683, 670 BGB eines Dritten gegen die Gesamthand, der aus einer Geschäftsführungstätigkeit dieses Dritten im Interesse und entsprechend dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen aller gesamthänderisch verbundenen GbR-Gesellschafter erfolgt, fehlt es zwar an einem vertraglich begründeten und so auch gegen das Privatvermögen der Gesellschafter gerichteten Verpflichtungstatbestand. Bei der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag vertraut der Dritte aber regelmäßig auch auf die persönliche Einstandspflicht der GbR-Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen für den Ersatz der Geschäftsführungsaufwendungen, und außerdem kommt diese Geschäftsführung der auf der Grundlage eines

363) MünchKomm-Ulmer, § 714, Rdn. 45;
Wiesner, a.a.O.

364) Im Ergebnis ohne nähere Begründung so
auch Nicknig, S. 66 und Ernst, S. 130.

Auftrages oder eines Geschäftsbesorgungsvertrages so nahe, daß auch für den Aufwendungsersatzanspruch gegen die Gesamthand gem. §§ 683, 670 BGB eine (Mit-)Haftung des Privatvermögens der GbR-Gesellschafter angemessen erscheint ³⁶⁵⁾.

cc) Es ist äußerst umstritten, ob und für welche Art von bereicherungsrechtlichen Verbindlichkeiten die GbR-Gesellschafter auch mit ihrem Privatvermögen haften. Thielmann ³⁶⁶⁾ meint, mit einer Bereicherung des Gesellschaftsvermögens erhöhe sich der Wert des Anteils des einzelnen Gesellschafters und damit auch der Wert seines Eigenvermögens. Insbesondere deshalb und wegen der kaum möglichen Trennung zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen der GbR-Gesellschafter sollen diese für eine ungerechtfertigte Bereicherung des Gesamthandsvermögens auch mit ihrem Privatvermögen haften ³⁶⁷⁾. Gegen diese Auffassung werden überzeugende Gegenargumente angeführt. Ein Wertanstieg des Anteils der Gesellschafter am Gesamthandsvermögen infolge der Bereicherung erscheint zweifelhaft, da das Gesamthandsvermögen mit dem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung belastet ist ³⁶⁸⁾.

365) MünchKomm-Ulmer, a.a.O.; Nicknig, a.a.O.; Ernst, S. 129/130; Soergel-Hadding, § 714, Rdn. 44; Wiesner, JuS 1981, 331 (335).

366) ZHR 136, 397 (405).

367) So im Ergebnis auch MünchKomm-Lieb, § 812, Rdn. 333 und Meincke, DB 1974, 1001 (1003), der wohl grundsätzlich von einer generellen Mithaftung des Privatvermögens der GbR-Gesellschafter für Gesamthandsverbindlichkeiten ausgeht.

368) Flume, Festschrift für H. Westermann, 119 (141); Larenz, SchuldR-BT, § 60, IV, c, S. 399.

Nicknig ³⁶⁹⁾ zieht eine Parallele zu den gesetzlichen Regelungen für die Gütergemeinschaft und verweist auf § 1434 BGB, wonach bei ungerechtfertigter Bereicherung des Gesamtgutes dieses allein aus dem Gesamtgut auszugleichen ist. Schließlich kann der einzelne GbR-Gesellschafter wegen § 719 BGB weder über seinen Anteil am Gesamthandsvermögen verfügen noch die den angeblichen Wertzuwachs seines Anteils begründende Bereicherung herausgeben ³⁷⁰⁾.

Die Rechtsprechung ³⁷¹⁾ und ein Teil der Literatur ³⁷²⁾ wollen im Falle der Leistungskondiktion die GbR-Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen haften lassen, auch wenn nur das Gesamthandsvermögen bereichert ist. Eine auch gegen das Privatvermögen der GbR-Gesellschafter gerichtete Verpflichtung folgert die Rechtsprechung aus dem Rechtsgedanken des § 427 BGB, wonach - so der BGH ³⁷³⁾ - der Gläubiger, der seine Leistung in der Erwartung erbracht hat, ihm würden alle Gesellschafter voll einzustehen haben, auf diese Haftung ebenso zurückgreifen können soll, wenn eine vertragliche Verpflichtung zwar nicht begründet worden ist, die Gesellschafter aber die zur Rückzahlung verpflichtende Leistung gemeinschaftlich

369) S. 61.

370) Ernst, S. 117/118.

371) BGH, NJW 1985, 1828 mit Hinweis auf die früheren Urteile DB, 1974, 330 und NJW 1983, 1905; OLG Hamburg, BB 1984, 14 (15); zustimmend Palandt-Heinrichs, § 421, Bem. 3, a und Palandt-Thomas, § 718, Bem. 4, a.

372) MünchKomm-Ulmer, § 714, Rdn. 405; Larenz, SchuldR-BT, § 60, IV, c, S. 399; Soergel-Hadding, § 714, Rdn. 43; Wiesner, JuS 1981, 331 (335).

373) NJW 1985, 1828, rechte Spalte unten.

(oder durch einen von ihnen für alle) entgegengenommen haben. Die Interessenlage sei hier ähnlich wie bei vertraglich begründeten Verpflichtungen ³⁷⁴⁾. Larenz ³⁷⁵⁾ und Ulmer ³⁷⁶⁾ entwickeln bei der Leistungskondiktion die von ihnen angenommene Verpflichtung des Privatvermögens der GbR-Gesellschafter nicht aus § 427 BGB - zu Recht, da diese Vorschrift keine Verpflichtung begründet, sondern eine solche bereits voraussetzt ³⁷⁷⁾ -, sondern aus dem besonderen Vertrauen des Gläubigers bei Vertragsabschluß mit der GbR darauf, daß die Gesellschafter für alle daraus erwachsenden Ansprüche auch privat haften. Entscheidend sei nicht die rechtssystematische Einordnung als Bereicherungs- oder Vertragsanspruch, sondern der sachliche Zusammenhang mit dem Rechtsgeschäft. Der Anspruch aus Leistungskondiktion trete an die Stelle der an sich von den Beteiligten gewollten vertraglichen Ansprüche.

Die wohl herrschende Meinung ³⁷⁸⁾ stellt allein darauf ab, ob das Privatvermögen der GbR-Gesellschafter ebenfalls bereichert ist. Wenn die Leistung dem Gesamthandsvermögen zugeflossen und nur dieses unberechtigt bereichert ist, komme auch im Falle einer Leistungskondiktion eine Haftung des Privatvermögens der GbR-Gesellschafter nicht in Betracht.

374) BGH, DB 1974, 330.

375) A.a.O.

376) A.a.O.

377) Vgl. oben I, 3, b, aa), Fußn. 357.

378) Staudinger-Keßler, § 718, Rdn. 13; RGRK/BGB-v.Gamm, § 718, Rdn. 9; Reinhardt, JZ 1974, 768 (769); Raisch, BB 1969, 1361 (1365); Hoffmann, NJW 1969, 724 (726); Nicknig, S. 61/62; Ernst, S. 114-118.

Mir scheint die herrschende Meinung zutreffend. Wie schon bei dem Aufwendungsersatzanspruch aus berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 683, 670 BGB ³⁷⁹⁾, läßt sich die Verpflichtung des Privatvermögens der Gesellschafter nicht aus dem - bei der Leistungskondition unwirksamen - Vertrag mit dem Gläubiger herleiten. Im Unterschied zu diesem Gläubiger, der bereits bei der Geschäftsführung für die Gesellschaft an den Aufwendungsersatzanspruch denkt und insoweit auch auf die Einstandspflicht aller Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen vertraut, erbringt der Gläubiger im Falle der Leistungskondition seine Leistung im Hinblick auf den - allerdings unwirksamen - Vertrag und vertraut darauf, daß die GbR-Gesellschafter für die aus diesem Vertrag vermeintlich resultierenden Verpflichtungen auch mit ihrem Privatvermögen aufkommen. An eine Rückgewähr seiner Leistung wegen der fehlenden Vertragsgrundlage denken die Beteiligten, die von einem wirksamen Vertrag ausgehen, regelmäßig nicht, insbesondere auch nicht der leistende Bereicherungsgläubiger, der demnach im Hinblick auf eine Rückgewähr seiner Leistung kein besonderes Vertrauen entwickelt. Außerdem resultiert der vertragsähnliche Aufwendungsersatzanspruch aus dem vertraglichen Pflichtenkreis der Gesellschafter. Der Bereicherungsanspruch betrifft hingegen das Schicksal der im Hinblick auf den eigenen Pflichtenkreis des Gläubigers erbrachten Leistung an die Gesamthand. Angesichts dieser grundsätzlichen Unterschiede zwischen den vertraglichen oder vertragsähnlichen und den bereicherungsrechtlichen Ansprüchen gegen die Gesamthand erscheint eine Gleichbehand-

379) Vgl. oben I, 3, b, bb).

lung dieser Ansprüche nicht angemessen. Der nicht zu leugnende sachliche Zusammenhang zwischen Leistungskondiktion und Rechtsgeschäft allein schafft noch keinen auch gegen das Privatvermögen der GbR-Gesellschafter gerichteten Verpflichtungsgrund. Der Bereicherungsanspruch hat seine Grundlage nicht im Vertrauen des Rechtsverkehrs, sondern will eine zu Unrecht entstandene Vermögenslage korrigieren. Bei einer Bereicherung des Gesamthandsvermögens bedarf dieses der Korrektur und nicht das gar nicht betroffene Privatvermögen der GbR-Gesellschafter³⁸⁰⁾. Bereicherungsschuldner ist schließlich grundsätzlich nur der Empfänger der Leistung. Aus der gemeinsamen - allerdings unwirksamen - vertraglichen Verpflichtung der GbR-Gesellschafter auch mit ihrem Privatvermögen kann nicht unbedingt auf den privaten Empfang der Leistung geschlossen werden³⁸¹⁾. Leistungsempfänger sollen vielmehr auch nach dem Willen des leistenden Bereicherungsgläubigers alle GbR-Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit sein³⁸²⁾. Die Zuwendung ist also ausschließlich dem Gesamthandsvermögen zugeflossen, aus dem sie dann im Falle einer Leistungskondiktion auch ausschließlich wieder zurückzuführen ist. Für bereicherungsrechtliche Verbindlichkeiten der Gesamthand haften die GbR-Gesellschafter grundsätzlich nicht mit ihrem Privatvermögen, es sei denn, auch dieses ist bereichert, so daß sich daraus ein eigener bereicherungsrechtlicher - und nicht gesellschaftsrechtlicher - Verpflichtungsgrund ergibt.

380) Nicknig, S. 61.

381) Ernst, S. 114/115.

382) Ernst, S. 117.

dd) Für unerlaubte Handlungen von Gesellschaftern bei der Geschäftsführung haften diese - unabhängig von ihrer Gesellschafterstellung - persönlich mit ihrem Privatvermögen gem. § 823 BGB, bei gemeinsamen deliktischen Handlungen mehrerer gem. §§ 830, 840 BGB als Gesamtschuldner. Dieses deliktische Verhalten führt analog § 31 BGB zur Haftung der Gesamthand³⁸³⁾. Für diese Gesamthandsverbindlichkeit haften die nicht an der deliktischen Handlung beteiligten Gesellschafter mangels Verpflichtungsgrund nicht auch mit ihrem Privatvermögen³⁸⁴⁾. Wenn Beuthien "für OHG-ähnliche Erwerbsgesellschaften" eine solche Verpflichtung des Privatvermögens der Gesellschafter für deliktische Gesamthandsverbindlichkeiten "analog § 128 Satz 1 HGB" zur Diskussion stellt³⁸⁵⁾, obwohl er mit guten Gründen die "Akzessorietätstheorie" ansonsten ablehnt, erscheint mir das auf der Grundlage der "Theorie der Doppelverpflichtung" inkonsequent. Es ist kein Grund dafür erkennbar, daß es bei deliktischen Gesamthandsverbindlichkeiten zur (Mit-)Verpflichtung des Privatvermögens der Gesellschafter nicht eines eigenen Verpflichtungsgrundes bedarf. Soweit andere für die Gesellschaft tätige Personen bei dieser Tätigkeit unerlaubte Handlungen begehen, kann daraus unter den Voraussetzungen des § 831 BGB eine deliktische Gesamthandsverbindlichkeit resultieren. Als "Geschäftsherr" im Sinne des § 831 BGB sind die gesamthänderisch verbundenen Ge-

383) Vgl. oben § 5, I, 1, b, cc).

384) MünchKomm-Ulmer, § 714, Rdn. 44; Westermann, Handbuch, Rdn. 380; auch Flume, Festschrift für H. Westermann, 119 (142), obwohl er die "Akzessorietätstheorie" vertritt.

385) DB 1975, 773 (775, Fußn. 69).

sellschafter anzusehen ³⁸⁶⁾, so daß eine Haftung des Privatvermögens der GbR-Gesellschafter hier nicht in Betracht kommt ³⁸⁷⁾.

ee) Für alle anderen Gesamthandsverbindlichkeiten gilt der Grundsatz, daß die GbR-Gesellschafter dafür mit ihrem Privatvermögen nicht haften, es sei denn, eine solche Haftung ergibt sich aus einer selbständigen, gegen das Privatvermögen gerichteten Verpflichtung.

ff) Auch im Verfahrensrecht ist bei der zwangsweisen Durchsetzung einer Forderung deutlich zwischen Gesamthands- und Gesellschafterverbindlichkeit zu unterscheiden ³⁸⁸⁾. Zur gerichtlichen Durchsetzung einer aus dem Gesellschaftsvermögen zu erfüllenden Gesamthandsverbindlichkeit bedarf es einer gegen die Gesellschafter als Gesamthänder gerichteten sogenannten Gesamthandsschuldklage im Unterschied zur sogenannten Gesamtschuldklage, mit der eine aus dem Privatvermögen der Gesellschafter wegen ihrer gesamtschuldnerischen (Mit-)Haftung für Gesamthandsverbindlichkeiten zu erfüllende Forderung durchgesetzt werden soll ³⁸⁹⁾. Der Gläubiger, der in das Privatvermögen eines Gesellschafters wegen dessen (Mit-) Haftung für eine Gesamthandsverbindlichkeit vollstrecken will, muß also gegen den Gesellschafter persönlich eine Gesamtschuldklage erheben. Ein im Wege einer Gesamthandsschuldklage erlangter Titel ermöglicht - insoweit

386) Vgl. oben § 5, I, 1, b, cc), Fußn. 192.

387) Beuthien, a.a.O. (776).

388) Vgl. oben § 5, I, 1, b, aa).

389) Zu diesen allgemein üblichen Begriffen MünchKomm-Ulmer, § 718, Rdn. 49 ff.

entspricht die Rechtslage dem für die KG-Gesellschafter geltenden § 129 Abs. 4 HGB - grundsätzlich nicht die Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen der Gesellschafter ³⁹⁰⁾. Die davon abweichenden Auffassungen, die generell ³⁹¹⁾ oder mit bestimmten Einschränkungen ³⁹²⁾ aus einem Gesamthandsschuldtitel die Zwangsvollstreckung auch in das Privatvermögen der Gesellschafter zulassen wollen, beachten zu wenig, daß der Kläger einer Gesamthandsschuldklage nur eine Leistung aus dem Gesamthandsvermögen anstrebt und daß dieses in einem korrekten Urteilstenor auch ausdrücklich sein muß.

Umgekehrt ermöglichen nach fast einhelliger Auffassung die im Wege der Gesamtschuldklage gegen sämtliche Gesellschafter erwirkten Titel die Zwangsvollstreckung auch in das Gesamthandsvermögen ³⁹³⁾, anders als es § 124 Abs. 2 HGB für das Gesellschaftsvermögen einer KG vorschreibt. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 736 ZPO, der nur einen gegen alle Gesellschafter ergangenen und nicht einen auf das Gesamthandsvermögen beschränkten Titel verlangt. Tatsächlich

390) MünchKomm-Ulmer, § 718, Rdn. 47 und 52; Soergel-Hadding, § 714, Rdn. 56.

391) Westermann, Handbuch, Rdn. 378.

392) Kornblum, BB 1970, 1445 (1452-1454) erachtet für eine Beschränkung der Haftung auf das Gesamthandsvermögen einen entsprechenden Vorbehalt in dem Urteil analog § 780 Abs. 1 ZPO für erforderlich, der dem Gesellschafter gem. §§ 785, 786, 767 ZPO die Abwehr einer Zwangsvollstreckung in sein Privatvermögen durch eine Vollstreckungsgegenklage ermöglichen soll; ähnlich Nicknig, S. 134 ff.

393) MünchKomm-Ulmer, § 718, Rdn. 54 mwN unter Rdn. 37, Fußn. 52.

dürfte es im Regelfall zu einem für alle Gesellschafter inhaltlich identischen Gesamtschuldtitel nur im Falle einer (Mit-)Haftung des Privatvermögens für Gesamthandsverbindlichkeiten kommen. Voraussetzung dieser Gesamtschuldtitel ist also eine Verpflichtung des Gesellschaftsvermögens, so daß eine Zwangsvollstreckung in dieses Vermögen auch der materiellen Rechtslage entspricht. Das ist allerdings nicht gegeben, wenn zufällig Gesamtschuldtitel ³⁹⁴⁾ gegen sämtliche Gesellschafter vorliegen, die auf reinen Privatverbindlichkeiten außerhalb der Gesellschaft beruhen. Nach einer weit verbreiteten Meinung soll deshalb auch die Zwangsvollstreckung in das Gesamthandsvermögen aus derartigen Gesamtschuldtiteln unzulässig sein ³⁹⁵⁾. Danach soll der Geltungsbereich von § 736 ZPO auf Titel zu reduzieren sein, die im Zusammenhang mit Gesamthandsverbindlichkeiten erwirkt wurden. Das Gesamthandsvermögen habe ausschließlich den Zwecken der Gesellschaft zu dienen und stelle in einigen Fällen (z.B. § 641 RVO) das einzige Zugriffsobjekt der Gesamthandsgläubiger dar. Die zutreffende Gegenauffassung ³⁹⁶⁾ ver-

394) Wenn die Gesellschafter Teilschuldner sind, ist die Zwangsvollstreckung in das Gesamthandsvermögen unstreitig ausgeschlossen; so Stein-Jonas-Münzberg, § 736, Rdn. 6; Brehm, KTS 1983, 21 (28) mwN.

395) Nicknig, S. 132 f.; Blomeyer, JR 1971, 397 (402, Fußn. 43); Kornblum, BB 1970, 1445 (1450, 1451); mit Einschränkungen auch Soergel-Hadding, § 714, Rdn. 56.

396) MünchKomm-Ulmer, § 718, Rdn. 37 und 54; Brehm, KTS 1983, 21 (32-34); Winter, KTS 1983, 349 (366); Stein-Jonas-Münzberg, § 736, Rdn. 5; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, § 736, Bem. 2); Westermann, Handbuch, Rdn. 378.

weist auf den uneingeschränkten Wortlaut von § 736 ZPO sowie insbesondere auch darauf, daß diese Vorschrift nur die formelle Vollstreckungsbefugnis regelt, die mit der materiellen Haftung des Gesamthandsvermögens nicht kongruent sein muß. Dem Gesamtschuldtitel ist oft nicht zu entnehmen, ob er auf einer Haftung der Gesellschafter für Privatschulden oder Gesamthandsverbindlichkeiten beruht. Das Vollstreckungsorgan ist in der Praxis mit der Prüfung der Frage, ob ein solcher Titel die Zwangsvollstreckung in das Gesamthandsvermögen zuläßt, überfordert ³⁹⁷⁾. Erfolgt so eine Zwangsvollstreckung in das Gesamthandsvermögen aus einem Gesamtschuldtitel, der auf Privatverbindlichkeiten der Gesellschafter außerhalb der Gesellschaft beruht, kann die Gesellschaft ihre materielle Nichthaftung für diese Verbindlichkeiten ³⁹⁸⁾ im Wege einer Drittwiderspruchsklage analog §§ 771, 774 ZPO geltend machen ³⁹⁹⁾.

4) Der Vergleich zwischen der Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen für Gesellschaftsverbindlichkeiten in KG und GbR hat einen grundsätzlichen Unterschied deutlich werden lassen. Die KG-Gesellschafter - der Kommanditist mit den Besonderheiten der §§ 171, 176 HGB - haften für jede Art von Gesellschafts-

397) MünchKomm-Ulmer, § 718, Rdn. 54;
Brehm, a.a.O., 21 (33).

398) Davon geht bei Erwerbsgesellschaften
- wie hier - wohl auch Brehm, a.a.O.,
21 (31) aus.

399) MünchKomm-Ulmer, § 718, Rdn. 55;
Winter, KTS 1983, 349 (367).

verbindlichkeiten gem. §§ 161 Abs. 2, 128 Satz 1 HGB automatisch auch mit ihrem Privatvermögen. Nach der hier vertretenen "Theorie der Doppelverpflichtung" kommt eine solche Privathaftung der GbR-Gesellschafter nur in Betracht, wenn den einzelnen Gesellschafter zusätzlich ein persönlicher Verpflichtungsgrund trifft. Ein zur privaten Mithaftung des GbR-Gesellschafters führender persönlicher Verpflichtungsgrund läßt sich im Regelfall nur im Zusammenhang mit rechtsgeschäftlich und rechtsgeschäftsähnlich begründeten Gesamthandsverbindlichkeiten der GbR feststellen.

Zur Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen des KG-Gesellschafters wegen der (Mit-)Haftung für eine Gesellschaftsverbindlichkeit bedarf es eines gegen diesen Gesellschafter persönlich gerichteten Titels. Das gilt auch für den GbR-Gesellschafter.

Aus Gesamtschuldtiteln gegen sämtliche GbR-Gesellschafter aus jedem beliebigen Rechtsgrund kann allerdings im Unterschied zur KG auch in das Gesamthandsvermögen der GbR vollstreckt werden. Die GbR kann sich dagegen mit einer Drittwiderspruchsklage wehren, wenn das Gesamthandsvermögen materiell nicht haftet.

II.

Haftung des Schein-Komplementärs für
Gesellschaftsverbindlichkeiten mit seinem
Privatvermögen

Der Schein-Komplementär ist in Wirklichkeit GbR-Gesellschafter, tritt aber als Komplementär auf. Das führt möglicherweise dazu, daß er auch weiterhin wie ein Komplementär mit seinem Privatvermögen für Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet.

1) Solange eine Gesellschaft im Handelsregister als KG eingetragen ist (Fälle 1 und 3), gilt sie unter den Voraussetzungen des § 5 HGB als KG. Ihre Mitglieder sind im Geltungsbereich von § 5 HGB als Gesellschafter einer KG zu beurteilen und unterliegen so den Bestimmungen der §§ 105 ff. und 161 ff. HGB ⁴⁰⁰⁾.

a) Die Voraussetzungen für die Anwendung von § 5 HGB sind in den Fällen 1 und 3 der (noch) im Handelsregister eingetragenen Schein-KG regelmäßig erfüllt ⁴⁰¹⁾. Der Dritte, der den Schein-Komplementär wegen einer Gesellschaftsverbindlichkeit wie einen wirklichen Komplementär gem. §§ 161 Abs. 2, 128 HGB mit seinem Privatvermögen in Anspruch nehmen will, muß im Streitfall nur auf die - noch nicht gelöschte - Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister als KG hinweisen ⁴⁰²⁾.

400) Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 5, Rdn. 5; Westermann, Handbuch, Rdn. 832.

401) Vgl. oben § 5, I, 2, a, aa), (2).

402) Vgl. oben § 5, I, 2, a, aa), (2) a.E.

b) Der Schein-Komplementär haftet dann mit seinem Privatvermögen gem. §§ 5, 161 Abs. 2, 128 HGB für alle privatrechtlichen Verbindlichkeiten der Gesellschaft ⁴⁰³⁾. Für Gesellschaftsverbindlichkeiten außerhalb des Privatrechts gilt weder § 5 HGB ⁴⁰⁴⁾ noch finden die Rechtscheinsgrundsätze Anwendung ⁴⁰⁵⁾. Für diese Art von Verbindlichkeiten haftet der Schein-Komplementär im Gegensatz zu einem wirklichen Komplementär mit seinem Privatvermögen als GbR-Gesellschafter - d.h. nur, wenn ihn zusätzlich ein gegen dieses Vermögen gerichteter persönlicher Verpflichtungstatbestand trifft ⁴⁰⁶⁾.

c) Die Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen eines Schein-Komplementärs wegen seiner privaten (Mit-) Haftung für Verbindlichkeiten der Schein-KG kann nur aus einem gegen ihn persönlich gerichteten Schuldtitel erfolgen. Das ergibt sich aus §§ 5, 161 Abs. 2, 129 Abs. 4 HGB, wenn der Schein-Komplementär auf die Eintragung der Gesellschaft als KG im Handelsregister hinweist. Im übrigen ermöglicht nur ein im Wege der Gesamtschuldklage erwirkter Schuldtitel die Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen eines GbR-Gesellschafters ⁴⁰⁷⁾.

2) In den Fällen 2 und 4 ist die Schein-KG nicht im Handelsregister eingetragen, so daß eine Haftung des

403) Vgl. oben § 5, I, 2, a, aa), (3).

404) Vgl. oben § 5, I, 2, a, aa), (3) Fußn. 217.

405) Völlig unstreitig; vgl. z.B. GroßKo-Brüggemann, Anhang zu § 5, Rdn. 47.

406) Vgl. oben I, 3, b, ee).

407) Vgl. oben I, 3, b, ff).

Schein-Komplementärs gem. §§ 5, 161 Abs. 2, 128 HGB für Gesellschaftsverbindlichkeiten ausscheidet.

Möglicherweise kommt jedoch eine Haftung des Schein-Komplementärs für Gesellschaftsverbindlichkeiten wie ein wirklicher Komplementär gem. §§ 161 Abs. 2, 128 HGB nach Rechtsscheinsgrundsätzen in Betracht. Das hätte zur Folge, daß der Schein-Komplementär auch in den Fällen 2 und 4 nicht nur wie ein GbR-Gesellschafter für rechtsgeschäftlich oder rechtsgeschäftsähnlich begründete, sondern für alle privatrechtlichen Verbindlichkeiten der Schein-KG mit seinem Privatvermögen haften würde.

a) Grundsätzlich Voraussetzung für die Anwendung der Rechtsscheinsgrundsätze ⁴⁰⁸⁾ ist die Nichtkenntnis des Dritten von der wirklichen Rechtsform der Schein-KG. Nur das gutgläubige Vertrauen des Dritten auf den durch das Auftreten als KG erzeugten Rechtsschein, die Gesellschaft, bei der es sich in Wirklichkeit um eine GbR handelt, sei eine KG, kann zur Anwendung der Rechtsscheinsgrundsätze führen. Hat der Dritte ausnahmsweise in den hier untersuchten Fällen im Unterschied zu den Gesellschaftern im Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit die Entstehung einer Schein-KG bemerkt und kennt die wirkliche Rechtsform der Gesellschaft, haften ihm die Gesellschafter und damit auch der Schein-Komplemen-

408) Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den äußerst umstrittenen dogmatischen Grundlagen der Rechtsscheinsgrundsätze sowie mit ihren zahlreichen Anwendungsproblemen würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen; einen vollständigen Überblick dazu verschafft die Kommentierung GroßKo-Brüggemann, Anhang zu § 5 "Die Lehre vom Scheinkaufmann".

tär mit ihrem Privatvermögen nur nach den für die GbR geltenden Bestimmungen, d.h. im Regelfall nur für rechtsgeschäftlich oder rechtsgeschäftsähnlich begründete Gesellschaftsverbindlichkeiten⁴⁰⁹⁾.

b) Dem gutgläubigen Dritten, der auf den durch das Auftreten der Gesellschaft als KG veranlaßten Rechtschein vertraut und diese - wie in den hier untersuchten Fällen die Gesellschafter selbst auch - als KG ansieht, haftet der Schein-Komplementär für rechtsgeschäftlich oder rechtsgeschäftsähnlich begründete Gesellschaftsverbindlichkeiten grundsätzlich mit seinem Privatvermögen bereits nach den für die GbR geltenden Bestimmungen. Bei diesen Verbindlichkeiten beruht die private (Mit-)Haftung der GbR-Gesellschafter auf einer entsprechenden, nach § 157 BGB beachtlichen Verkehrsauffassung dahin, daß regelmäßig sowohl das Gesamthands- als auch das Privatvermögen jedes GbR-Gesellschafters verpflichtet werden sollen⁴¹⁰⁾, sowie auf einem daraus resultierenden und zu schützenden Vertrauen des Gesellschaftsgläubigers auf eine entsprechende Haftungssituation⁴¹¹⁾. Daran ändert sich dadurch, daß der auf den Rechtsschein vertrauende Dritte die Gesellschafter irrtümlich als KG-Gesellschafter ansieht, nichts, da die KG-Gesellschafter im Vergleich zu den GbR-Gesellschaftern wegen §§ 161 Abs. 2, 128 HGB erst recht mit ihrem Privatvermögen für Gesellschaftsverbindlichkeiten haften. Hinsichtlich der rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Gesellschaftsverbindlich-

409) Vgl. oben I, 3, b, aa) - ee).

410) Vgl. oben I, 3, b, aa).

411) Vgl. oben I, 3, b, bb).

keiten führen also bereits die an die von dem Rechts-schein abweichende tatsächliche Situation anknüpfenden Rechtsfolgen zu einer (Mit-)Haftung des Privatvermögens des Schein-Komplementärs, so daß es insoweit einer Anwendung von §§ 161 Abs. 2, 128 HGB über die Rechts-scheinsgrundsätze nicht bedarf ⁴¹²⁾.

Fraglich ist jedoch, ob die Rechtsscheinsgrundsätze zu einer über die GbR-Regeln hinausgehenden privaten (Mit-)Haftung des Schein-Komplementärs auch für alle sonstigen privatrechtlichen Gesellschaftsverbindlichkeiten, z.B. deliktische, führen können.

Teilweise wird der Anwendungsbereich der Rechtsscheinsgrundsätze ⁴¹³⁾ nur undeutlich festgelegt ⁴¹⁴⁾.

412) BGH, NJW 1980, 784 (785); mit seiner uneingeschränkten Feststellung: "... haften Personen, die eine BGB-Gesellschaft betreiben, nach den Regeln über die OHG oder KG, sofern sie den Schein einer solchen hervor-rufen" geht Canaris in Capelle/Canaris, § 6, I, 3, a, S. 63 zu weit und beruft sich zu Unrecht unter Fußn. 17 auf die vorer-wähnte BGH-Entscheidung; vgl. auch Teichmann-Schick, JuS 1975, 18 (20).

413) Die völlig unstreitig außerhalb des Privat-rechts nicht gelten, vgl. oben Fußn. 405.

414) Unklar insoweit Brox, § 6, II, 2, d, Rdn. 98: Geltung der Rechtsscheinsgrundsätze "nur im Bereich des geschäftlichen Ver-kehrs" sowie Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 5, Rdn. 13 c: für die "am Rechtsverkehr Beteiligten"; beide sehen die dogmatische Grundlage der Rechtsscheinsgrundsätze in einer § 242 BGB zu entnehmen-den Verpflichtung, eine Täuschung Dritter durch einen falschen Rechtsschein zu ver-meiden; so Brox, a.a.O., 1, Rdn. 94 und Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, a.a.O., Rdn. 13 c und 19.

Die herrschende Meinung begründet die Rechtsscheinsgrundsätze mit einem Vertrauensschutz des Dritten aufgrund zu-rechenbar veranlaßten Rechtsscheins ⁴¹⁵⁾, wobei das Ver-trauen auf den Rechtsschein den Dritten zu Dispositionen veranlaßt haben muß ⁴¹⁶⁾. Dieser Vertrauensschutz ver-sagt dort, wo das Vertrauen des Gläubigers auf den Rechtsschein diesen nicht mehr zu einer Verhaltensweise veranlassen kann, die die Entstehung der Verpflichtung des Rechtsscheinsveranlassers beeinflußt, z.B. bei An-sprüchen nur aus Gesetz ⁴¹⁷⁾. Daraus folgt die herr-schende Meinung eine Beschränkung des Anwendungsbereichs der Rechtsscheinsgrundsätze auf den Bereich des rechts-geschäftlichen Verkehrs ⁴¹⁸⁾.

Eine Kausalität zwischen dem durch Rechtsschein veran-laßten Vertrauen und Dispositionen des Gläubigers, die die Entstehung der Verbindlichkeit beeinflussen, verlan-gen auch die, die die dogmatischen Grundlagen der Rechts-scheinsgrundsätze abweichend von der herrschenden Meinung

- 415) GroßKo-Brüggemann, Anhang § 5, Rdn. 14; Bendasch-Nickel, § 5, Rdn. 10; Hofmann, B, IV, 2, b und c, bb, S. 64 f.; Canaris, Vertrauenshaftung, u.a. § 42, I, S. 518 ff.; wohl auch Baumbach-Duden-Hopt, § 5, Bem. 2, A: "Lehre von der Erklärung an die Öffent-lichkeit" als Teil der Vertrauenshaftung.
- 416) GroßKo-Brüggemann, Anhang § 5, Rdn. 36; Bendasch-Nickel, § 5, Rdn. 18; Hofmann, B, IV, 2, d, ee, S. 68; Baumbach-Duden-Hopt, § 5, Bem. 2, E; so auch Brox, § 6, II, 2, d, Rdn. 98 und Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 5, Rdn. 17.
- 417) GroßKo-Brüggemann, Anhang § 5, Rdn. 35.
- 418) GroßKo-Brüggemann, Anhang § 5, Rdn. 5; Bendasch-Nickel, § 5, Rdn. 24; Hofmann, B, IV, 2, d, ff. S. 68.

beurteilen ⁴¹⁹⁾. Konsequenterweise beschränken auch sie die Anwendung der Rechtsscheinsgrundsätze auf den Bereich des rechtsgeschäftlichen Verkehrs ⁴²⁰⁾, in dem eine solche Kausalität vorstellbar ist.

Brüggemann erweitert den Anwendungsbereich der Rechtsscheinsgrundsätze auf die ausschließlich gesetzlich begründeten Bereicherungsansprüche aus Leistungskondiktion, da diese Ansprüche aus einem Rechtsgeschäft mit dem Rechtsscheinsveranlasser herrühren sollen, im Unterschied zu Ansprüchen aus Eingriffskondiktion ⁴²¹⁾. Ein sachlicher Zusammenhang zwischen Leistungskondiktion und dem nichtigen Rechtsgeschäft ist zwar nicht zu leugnen.

Brüggemann vernachlässigt jedoch zu sehr die auch von ihm geforderte Kausalität zwischen Vertrauen aufgrund des erzeugten Rechtsscheins und Disposition des Vertrauenden. Bei Abschluß des Vertrages vertrauen die Beteiligten auf die beiderseitige Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen. An eine Rückabwicklung des - vermeintlich wirkamen - Vertrages denkt niemand. Insbesondere entwickelt der Bereicherungsgläubiger im Hinblick auf die Rückgewähr seiner Leistung kein besonderes Vertrauen, so daß

419) Gierke/Sandrock, § 12, III, 2 b, S. 169 - dogmatische Grundlage: "venire contra factum proprium", § 12, III, 2 a, S. 166 -; Limbach, ZHR 134, 289 (310 f.), allerdings mit einer Beweislastumkehr bzgl. der Kausalität zu Lasten des Rechtsscheinsveranlassers - dogmatische Grundlage: soziologische Rolle des Kaufmanns, a.a.O., S. 298 ff.

420) Gierke/Sandrock, a.a.O., S. 169; Limbach, a.a.O., spricht auf S. 318 von der Rollenerwartung des Geschäfts- und auf S. 320 des Vertragspartners.

421) GroßKo-Brüggemann, Anhang § 5, Rdn. 35.

sein Anspruch aus Leistungskondiktion auch nicht durch das aufgrund des erzeugten Rechtsscheins bestehende Vertrauen beeinflusst wird. Der Bereicherungsanspruch auch aus Leistungskondiktion hat seine Grundlage nicht im Vertrauen des Rechtsverkehrs, sondern das Gesetz will eine zu Unrecht entstandene Vermögenslage korrigieren⁴²²⁾. Die Rechtsscheinsgrundsätze gelten also nur für rechtsgeschäftlich oder rechtsgeschäftsähnlich begründete Verbindlichkeiten und damit nur in einem Bereich, in dem der Schein-Komplementär dem gutgläubigen Dritten, der die Gesellschaft als KG ansieht, für Gesellschaftsverbindlichkeiten bereits nach den für die tatsächlich vorhandene GbR geltenden Bestimmungen mit seinem Privatvermögen haftet. Für alle sonstigen privatrechtlichen, z.B. deliktischen, sowie die außerhalb des Privatrechts begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet der Schein-Komplementär als Gesellschafter einer GbR auch dem gutgläubigen Dritten grundsätzlich nicht mit seinem Privatvermögen, es sei denn, ihn trifft zusätzlich ein persönlicher Verpflichtungsgrund.

c) Der Gläubiger, der in das Privatvermögen des Schein-Komplementärs einer nicht im Handelsregister eingetragenen Schein-KG wegen dessen Mithaftung für eine Gesellschaftsverbindlichkeit vollstrecken will, muß eine gegen diesen Gesellschafter persönlich gerichtete Klage erheben⁴²³⁾. Insoweit entspricht die Rechtslage bei der GbR der bei der irrig von dem Gläubiger angenommenen KG (§§ 161 Abs. 2, 129 Abs. 4 HGB), so daß es auch insoweit

422) Vgl. oben I, 3, b, cc).

423) Vgl. oben I, 3, b, ff).

der Anwendung der Rechtsscheinsgrundsätze nicht bedarf.

3) Hinsichtlich der Haftung des Schein-Komplementärs für Gesellschaftsverbindlichkeiten mit seinem Privatvermögen läßt sich zusammenfassend feststellen:

Im Unterschied zu einem wirklichen Komplementär kommt eine solche Haftung für außerhalb des Privatrechts begründete Verbindlichkeiten nicht in Betracht.

Der Schein-Komplementär der in den Fällen 1 oder 3 (noch) im Handelsregister eingetragenen Schein-KG haftet für alle privatrechtlichen Gesellschaftsverbindlichkeiten gem. §§ 5, 161 Abs. 2, 128 HGB wie ein wirklicher Komplementär auch mit seinem Privatvermögen.

Für den Schein-Komplementär der in den Fällen 2 und 4 nicht im Handelsregister eingetragenen, aber im Rechtsverkehr als KG auftretenden Gesellschaft beschränkt sich diese Haftung im Unterschied zu einem wirklichen Komplementär auf rechtsgeschäftlich oder rechtsgeschäftsähnlich begründete Verbindlichkeiten.

III.

Haftung des Schein-Kommanditisten für Gesellschaftsverbindlichkeiten mit seinem Privatvermögen

Der Schein-Kommanditist ist in Wirklichkeit GbR-Gesellschafter, tritt aber als Kommanditist auf. Das führt möglicherweise dazu, daß er auch weiterhin wie ein Kommanditist mit seinem Privatvermögen für Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet.

1) Solange die Gesellschaft im Handelsregister als KG eingetragen ist - Fälle 1 und 3 -, gilt sie unter den Voraussetzungen des § 5 HGB weiterhin als KG. Diese Voraussetzungen sind in den Fällen 1 und 3 der (noch) im Handelsregister eingetragenen Schein-KG regelmäßig erfüllt ⁴²⁴⁾.

a) Im Anwendungsbereich des § 5 HGB unterliegt der Schein-Kommanditist den Haftungsbestimmungen der KG. Er haftet demnach wie der Schein-Komplementär grundsätzlich für alle privatrechtlichen Verbindlichkeiten mit seinem Privatvermögen, wenn der Gläubiger auf die - noch nicht gelöschte - Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister als KG hinweist ⁴²⁵⁾ und die Einlage nicht erbracht ist.

Aus dem Sinn und Zweck des § 5 HGB - Bindung des Prozeß-

424) Vgl. oben § 5, I, 2, a, aa), (2).

425) Vgl. oben II, 1, a und § 5, I, 2, a, aa), (2) a.E.

richters an die Registereintragung im Interesse der Rechtssicherheit ⁴²⁶⁾ - ergibt sich, daß sich auch der Eingetragene selbst auf die Handelsregistereintragung berufen und daraus Rechtsfolgen zu seinen Gunsten herleiten kann ⁴²⁷⁾. Danach kann der Schein-Kommanditist unter Hinweis auf die entsprechende Handelsregistereintragung die Beschränkung seiner Haftung gem. §§ 171 Abs. 1 erster Halbsatz, 172 Abs. 1 HGB gegenüber dem Gläubiger einwenden.

b) Für Gesellschaftsverbindlichkeiten außerhalb des Privatrechts haftet der Schein-Kommanditist ebenso wie der Schein-Komplementär weder über § 5 HGB noch nach Rechtsscheinsgrundsätzen, es sei denn, ihn trifft ein persönlicher Verpflichtungsgrund ⁴²⁸⁾.

c) Die Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen des Schein-Kommanditisten wegen seiner privaten (Mit-) Haftung für eine Verbindlichkeit der Schein-KG kann ebenso wie bei dem Schein-Komplementär nur aus einem gegen ihn persönlich gerichteten Schuldtitel erfolgen (§§ 5, 161 Abs. 2, 129 Abs. 4 HGB bzw. Gesamtschuldklage gegen GbR-Gesellschafter) ⁴²⁹⁾.

426) Vgl. oben § 5, I, 2, a, aa), (1).

427) GroßKo-Brüggemann, § 5, Rdn. 18; Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 5, Rdn. 8; Bandasch-Nickel, § 5, Rdn. 5; Baumbach-Duden-Hopt, § 5, Bem. 1, F; Brox, § 6, I, 3, b, (2), Rdn. 92; Harms, Fall 6, S. 48.

428) Vgl. oben II, 1, b.

429) Vgl. oben II, 1, c.

2) In den Fällen 2 und 4 scheidet mangels Eintragung der Gesellschaft als KG im Handelsregister die Anwendung von § 5 HGB aus. Damit entfällt für den Gläubiger die Möglichkeit, über §§ 5, 161 Abs. 2, 128 HGB das Privatvermögen des Schein-Kommanditisten auch für nicht rechtsgeschäftlich oder rechtsgeschäftsähnlich begründete Gesellschaftsverbindlichkeiten, für die ein GbR-Gesellschafter grundsätzlich nicht haftet, in Anspruch zu nehmen, und für den Schein-Kommanditisten die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung für rechtsgeschäftlich oder rechtsgeschäftsähnlich begründete Gesellschaftsverbindlichkeiten mit seinem Privatvermögen gem. §§ 5, 161 Abs. 2, 171, 172 HGB.

Diese in den Fällen 1 und 3 dem Gläubiger und dem Schein-Kommanditisten über § 5 HGB eröffneten Möglichkeiten lassen sich in den Fällen 2 und 4 möglicherweise über die Rechtsscheinsgrundsätze sowie eine Haftungsbeschränkung erreichen, weil die Gesellschaft im Rechtsverkehr weiterhin als KG auftritt.

a) Zunächst soll auch hier von dem Ausnahmefall ausgegangen werden, daß der Dritte im Unterschied zu den Gesellschaftern im Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit die Entstehung einer Schein-KG bemerkt und die wirkliche Rechtsform der GbR erkannt hat.

aa) Dieser Gläubiger vertraut nicht auf den Rechtschein einer KG, so daß ihm der Schein-Kommanditist nur als GbR-Gesellschafter für rechtsgeschäftlich oder rechtsgeschäftsähnlich begründete Gesellschaftsverbindlichkeiten mit seinem Privatvermögen haftet.

bb) Wenn der Gläubiger zusätzlich Kenntnis davon hat, daß der von ihm in Anspruch genommene Gesellschafter in der als KG auftretenden Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrag die Rolle eines Kommanditisten wahrnehmen soll, könnte das zu einer entsprechend §§ 171, 172 HGB beschränkten Haftung des Schein-Kommanditisten führen.

Bei einer Erwerbsgesellschaft bürgerlichen Rechts - wie hier - kann nach der hier vertretenen "Theorie der Doppelverpflichtung" davon ausgegangen werden, daß die Mitverpflichtung der nicht am Vertragsabschluß selbst beteiligten Gesellschafter - also auch der Schein-Kommanditisten, denen nach dem am KG-Recht orientierten Gesellschaftsvertrag gem. § 164 HGB keine Geschäftsführungsbe fugnisse zustehen - mit ihrem Privatvermögen durch eine entsprechende Vertretung durch die geschäftsführenden Gesellschafter zustande kommt ⁴³⁰⁾. Die dazu erforderliche Vertretungsmacht der geschäftsführenden Gesellschafter ergibt sich aus § 714 BGB. Da im Recht der GbR eine Vorschrift wie § 126 Abs. 2 HGB fehlt, können die GbR-Gesellschafter diese Vertretungsmacht auch ohne Zustimmung Dritter nach einhelliger Auffassung einschränken ⁴³¹⁾.

430) Vgl. oben I, 3, b, aa).

431) BGH, NJW 1980, 784 (785(; 1985, 619; OLG Hamm, DB 1985, 963; MünchKomm-Ulmer, § 714, Rdn. 32; Palandt-Thomas, § 714, Bem. 3, c; Westermann, Handbuch, Rdn. 379; Kollhossner, ZGR 1976, 231 (232); Schmidt, DB 1973, 653 (655); Kornblum, BB 1972, 1032 (1034); Beyerle, NJW 1972, 229 (230); Teichmann-Schick, JuS 1975, 18 (21); Sudhoff, DB 1979, 437; Crezelius, EWiR 1985, 81; Nicknig, S. 17 mit zahlreichen weiteren Nachweisen unter Fußn. 7.

In dem Gesellschaftsvertrag der Schein-KG kommt der Wille der Gesellschafter zum Ausdruck, daß die Schein-Kommanditisten mit ihrem Privatvermögen gemäß §§ 171, 172 HGB nur in Höhe der Haftsumme und nur bis zur Leistung ihrer Einlage Gesellschaftsgläubigern haften sollen. Die quantitativ so eingeschränkte Geschäftsführungsbefugnis der Schein-Komplementäre, denen nach dem Gesellschaftsvertrag untersagt ist, die Schein-Kommanditisten über das Gesellschaftsvermögen und den Betrag einer möglicherweise noch ausstehenden Einlage hinaus zu verpflichten ⁴³²⁾, führt im Außenverhältnis zu einer entsprechend eingeschränkten Vertretungsmacht ⁴³³⁾. Um zu einer entsprechend eingeschränkten Haftung des Schein-Kommanditisten zu gelangen, reicht allerdings die nur im Innenverhältnis durch den Gesellschaftsvertrag beschränkte Geschäfts- und Vertretungsbefugnis der Schein-Komplementäre nicht aus, da dadurch die Gefahr einer Haftung der Gesellschafter kraft Duldungs- oder Anscheinsvollmacht nicht ausgeschlossen wird ⁴³⁴⁾. Die Beschränkung der Vertretungsmacht muß dem Gläubiger der GbR, der grundsätzlich von einer summenmäßig nicht beschränkten Haftung aller GbR-Gesellschafter ausgehen kann, hinreichend deutlich

432) BGH, NJW 1971, 1698 sowie die diese Entscheidung erläuternden Ausführungen von Stimpel, ZGR 1973, 73 (82, 83).

433) Kollhosser, ZGR 1976, 231 (232); Teichmann-Schick, a.a.O.; Huber, Festschrift Hefermehl, 127 (133); Stimpel, a.a.O.; BGH, NJW 1971, 1698; DB 1973, 1643 (1645); NJW 1980, 784.

434) MünchKomm-Ulmer, § 714, Rdn. 34; Teichmann-Schick, a.a.O.

sein 435). Davon kann hier unzweifelhaft ausgegangen werden, da der Gläubiger weiß, daß der von ihm in Anspruch genommene Gesellschafter die Rolle eines Kommanditisten wahrnehmen und deshalb auch nur wie ein solcher haften soll. Wenn dieser Gläubiger die beschränkte Vertretungsmacht des Schein-Komplementärs widerspruchslos akzeptiert, kann man von der Vereinbarung einer entsprechenden Haftungsbeschränkung zugunsten des Schein-Kommanditisten bei rechtsgeschäftlich begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten ausgehen 436).

cc) Fraglich ist, ob der Schein-Kommanditist auch dem Gesellschaftsgläubiger nur im Sinne der §§ 171, 172 HGB beschränkt haftet, der nicht weiß, daß der in Anspruch genommene Schein-Kommanditist in der Gesellschaft die Rolle eines Kommanditisten wahrnehmen sollte. Schon vorstehend wurde ausgeführt, daß die nur im Innenverhältnis der Gesellschafter erfolgte Beschränkung der Vertretungsmacht des Schein-Komplementärs noch nicht zu einer Haftungsbeschränkung für den Schein-Kommanditisten

435) Wenn auch bereits der Wortlaut des § 714 BGB - "soweit" und "im Zweifel" - mögliche Beschränkungen der Vertretungsmacht andeutet; so OLG Hamm, DB 1985, 963.

436) BGH, NJW 1980, 784 (785); Kollhosser, ZGR 1976, 231 (233); Huber, Festschrift Hefermehl, 127 (133); wohl auch Beyerle, BB 1975, 944 (945); grds. auch Flume, Festschrift Westermann, 119 (136), der allerdings zwischen "einmaligen Grundlagengeschäften" und "laufenden Geschäften" unterscheidet und im letzten Fall auch bei positiver Kenntnis des Gläubigers von der beschränkten Vertretungsmacht die ausdrückliche Vereinbarung einer Haftungsbeschränkung verlangt (137).

führt, sondern im Außenverhältnis hinreichend deutlich sein muß ⁴³⁷⁾. Die Beschränkung der Vertretungsmacht ist nach fast einhelliger Meinung hinreichend im Außenverhältnis deutlich, wenn sie für Dritte erkennbar ist ⁴³⁸⁾. Diese Erkennbarkeit wird teilweise schon angenommen, wenn die Gesellschaft - wie hier - als KG im Rechtsverkehr auftritt, weil dann feststehe, daß zumindest ein Teil der Gesellschafter nur beschränkt im Sinne der §§ 171, 172 HGB haftet ⁴³⁹⁾. Zutreffend hält dem jedoch Fischer ⁴⁴⁰⁾ entgegen, daß dem Dritten allein aus dem Auftreten der Gesellschaft als KG noch nicht deutlich werden kann, wie viele und welche Gesellschafter nur als Kommanditisten beschränkt haften sollen. Die wohl herrschende Meinung

- 437) Flume, Festschrift Westermann, 119 (132 und 136) erachtet eine Haftungsbeschränkung nur durch ausdrückliche Vereinbarung mit dem Gläubiger für möglich; zutreffend lehnt MünchKomm-Ulmer, § 714, Rdn. 32 diese Auffassung mit dem Hinweis ab, daß Flume die Akzessorietätstheorie vertritt und deswegen wohl von dem Rechtsgedanken des § 126 Abs. 2 HGB ausgeht.
- 438) BGH, NJW 1985, 619; OLG Hamm, DB 1985, 963; Palandt-Thomas, § 714, Bem. 3, c; Staudinger-Keßler, § 714, Rdn. 13; Erman-Schulze-Wenck, § 714, Rdn. 4; Westermann, Handbuch, Rdn. 379; Kornblum, Haftung der Gesellschafter, S. 51; Nicknig, S. 22; Teichmann-Schick, JuS 1975, 18 (21); Huber, Festschrift Hefermehl, 127 (134); Schmidt, DB 1973, 653, 656 verlangt "echte Erkennbarkeit", meint aber nichts abweichendes; wohl auch MünchKomm-Ulmer, § 714, Rdn. 34, 35.
- 439) Teichmann-Schick, a.a.O.; Huber, a.a.O.; Schmidt, a.a.O und BB 1973, 1612 (1614); wohl auch Soergel-Hadding, § 714, Rdn. 34 sowie der BGH noch in DB 1973, 1643 (1645).
- 440) NJW 1973, 2188 (2189).

folgt aus dem Auftreten der Gesellschaft als KG zunächst nur, daß dem Dritten zugemutet werden kann, sich nach den Haftungsverhältnissen in der Gesellschaft zu erkundigen und den Umfang der Haftung der einzelnen Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen zu überprüfen. Wenn der Dritte bei dieser Überprüfung - z.B. durch Einsichtnahme in den Gesellschaftsvertrag - die Haftungsbeschränkung einzelner Gesellschafter erkennen kann, können diese sich darauf berufen ⁴⁴¹⁾. Diesen Grad der Erkennbarkeit kann man in dem hier erwähnten Fall regelmäßig unterstellen, da die Gesellschaft als KG auftritt und so dem Dritten hinreichend Veranlassung gibt, sich nach den einzelnen "Kommanditisten" - deren Namen sich in jedem Fall aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben - und ihrer entsprechend §§ 171, 172 HGB beschränkten Haftung zu erkundigen. Soweit Beyerle ⁴⁴²⁾ ohne Einschränkung im Hinblick auf den Rechtsgedanken des § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB eine Haftungsbeschränkung nur bei positiver Kenntnis des Gläubigers von der Kommanditistenstellung des jeweiligen Gesellschafters zuläßt, kann das zumindest in dem hier erwähnten Fall, in dem der Gläubiger die wahre Rechtsform der Gesellschaft kennt und nicht irrig von einer KG ausgeht, nicht gelten.

b) Für den (Normal-)Fall, in dem ebenso wie die Gesellschafter selbst auch der Dritte bei Begründung der Gesellschaftsverbindlichkeit die Entstehung einer

441) Palandt-Thomas, § 714, Bem. 3, c; Staudinger-Keßler, § 714, Rdn. 13; Kornblum, Haftung der gesellschaftler, S. 51; inzwischen auch der BGH, NJW 1985, 619.

442) BB 1973, 1376 (1380).

Schein-KG nicht bemerkt hat und deshalb die Gesellschaft entsprechend ihrem Auftreten als KG beurteilt, ergeben sich möglicherweise abweichende Feststellungen nach Rechtsscheinsgrundsätzen.

aa) Zunächst gilt auch gegenüber diesem Dritten, daß ihm der Schein-Kommanditist allenfalls für rechtsgeschäftlich oder rechtsgeschäftsähnlich begründete Gesellschaftsverbindlichkeiten mit seinem Privatvermögen haftet, da der Anwendungsbereich der Rechtsscheinsgrundsätze weder die sonstigen privatrechtlichen Gesellschaftsverbindlichkeiten, z.B. deliktische, noch außerhalb des Privatrechts begründete erfaßt ⁴⁴³⁾.

bb) Wenn dieser Gläubiger weder die wirkliche Rechtsform der Schein-KG noch die Gesellschafter erkennt, die als Kommanditisten fungieren sollen, erscheint eine Haftungsbeschränkung zugunsten der Schein-Kommanditisten im Sinne von §§ 171, 172 HGB fraglich. Die wohl herrschende Meinung ⁴⁴⁴⁾ geht davon aus, daß sich in einer Schein-KG unabhängig davon, ob sie ein Gewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB oder nach §§ 2, 3 HGB betreibt, die Schein-Kommanditisten, die dem Geschäftsbeginn vor

443) Vgl. oben II, 2, b.

444) GroßKo-Schilling, § 176, Anm. 19; Schlegelberger-Schmidt, § 176, Rdn. 5; Westermann, Handbuch, Rdn. 835; Flume, Festschrift Westermann, 119 (137); Beyerle, BB 1973, 1376 (1380/1381); ders. BB 1975, 944, 945; ders., Kommanditist, S. 161; Schwerdtner, JR 1973, 319 (320); Fischer, NJW 1973, 2188 (2189); Schmidt, JZ 1974, 219 (220); Crezelius, BB 1983, 5 (11).

Eintragung zugestimmt haben, nach Rechtsscheinsgrundsätzen wie Kommanditisten einer bereits entstandenen, aber noch nicht eingetragenen KG behandeln lassen müssen und deshalb grundsätzlich unbeschränkt entsprechend § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB haften. Im Gegensatz dazu ist Canaris⁴⁴⁵⁾ der Auffassung, unabhängig von der Art des von der Gesellschaft betriebenen Gewerbes - nach §§ 1 Abs. 2, 2 oder 3 HGB - müßten sich die Schein-Kommanditisten nur so behandeln lassen, als bestünde eine im Handelsregister eingetragene KG, so daß sie nur beschränkt im Sinne der §§ 171, 172 HGB haften. Der für eine entsprechende Anwendung von § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB erforderliche Rechtsschein der Nichteintragung im Handelsregister sei auch bei einer minderkaufmännischen Schein-KG, die ein Grundhandelsgewerbe betreibe, nicht erfüllt⁴⁴⁶⁾. Der BGH hat die Frage, ob in einer Schein-KG, die ein minderkaufmännisches Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB betreibt, aus Rechtsscheinsgründen § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB zur Anwendung kommen kann, ausdrücklich unbeantwortet gelassen⁴⁴⁷⁾. Für den Fall einer sollkaufmännischen Schein-KG, die ein Gewerbe nach § 2 HGB betreibt, hat der BGH entschieden⁴⁴⁸⁾, daß die Schein-Kommanditisten nur beschränkt im Sinne von §§ 171, 172 HGB haften, da diese Gesellschaft den Rechtsschein einer durch Eintragung im Handelsregister entstandenen KG setze, und hat diese Rechtsprechung trotz massiver Kritik⁴⁴⁹⁾

445) NJW 1974, 455; Capelle/Canaris, 1. Teil, 1. Kapitel, § 6, I, 3, c, S. 65.

446) Capelle/Canaris, a.a.O.

447) NJW 1980, 784 (785).

448) DB 1973, 1643 (1644).

449) Insbes. von Beyerle, Fischer, Schmidt und Flume, siehe Fußn. 444.

bestätigt ⁴⁵⁰⁾. Die heftige Kontroverse betrifft ausschließlich die sollkaufmännische Schein-KG und kann deshalb letztlich unbeachtet bleiben, da die Schein-KG in den hier angesprochenen Fällen 2 und 4 ein minderkaufmännisches Grundhandelsgewerbe betreibt. Die Auffassungen, die bei einer Schein-KG generell eine unbeschränkte ⁴⁵¹⁾ oder generell eine beschränkte ⁴⁵²⁾ Haftung der Schein-Kommanditisten annehmen, erscheinen nicht zutreffend, da sie den Unterschied zwischen grundhandelsgewerblicher und sollkaufmännischer Schein-KG nicht hinreichend berücksichtigen ⁴⁵³⁾. Je nach der Art des von ihr betriebenen Gewerbes erweckt die Schein-KG hinsichtlich ihres Wirksamwerdens im Außenverhältnis einen unterschiedlichen Rechtschein ⁴⁵⁴⁾. Betreibt die Gesellschaft kein Grundhandelsgewerbe und tritt als KG auf, muß der Rechtsverkehr davon ausgehen, daß diese Gesellschaft mit ihrer Eintragung in das Handelsregister als KG wirksam geworden ist ⁴⁵⁵⁾. Betreibt die Gesellschaft hingegen ein minderkaufmännisches Grundhandelsgewerbe und tritt dennoch (§ 4 Abs. 2 HGB)

450) DB 1977, 1643; dem BGH folgend insoweit: GroßKo-Brüggemann, § 6, Rdn. 18; Baumbach-Duden-Hopt, § 176, Bem. 2, c; Kollhosser, ZGR 1976, 231 (235/236); Teichmann-Schick, JuS 1975, 18 (22); Sudhoff, DB 1979, 437 (438).

451) Insbes. Schlegelberger-Schmidt, Flume und Beyerle, siehe Fußn. 444.

452) Capelle/Canaris, 1. Teil, 1. Kapitel, § 6, I, 3, c, S. 65.

453) GroßKo-Brüggemann, § 6, Rdn. 18; Kollhosser, ZGR 1976, 231 (236 oben und Fußn. 10); Sudhoff, DB 1979, 437 (438).

454) GroßKo-Brüggemann, a.a.O.; Kollhosser, a.a.O.

455) BGH, DB 1973, 1643 (1644); Kollhosser, 1976, 231 (235/236).

als KG auf, ohne im Handelsregister eingetragen zu sein, muß der Rechtsverkehr davon ausgehen, daß diese Gesellschaft bereits durch Geschäftsaufnahme ohne Eintragung im Handelsregister als KG wirksam geworden ist, weil sie ein vollkaufmännisches Grundhandelsgewerbe betreibt ⁴⁵⁶⁾.

Dieser Rechtsschein entspricht genau den Voraussetzungen, die bei einer wirklichen KG zur Anwendung des § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB führen, so daß eine unbeschränkte Haftung der Schein-Kommanditisten einer grundhandelsgewerblichen Schein-KG gegenüber dem Gläubiger nach Rechtsscheinsgrundsätzen gerechtfertigt ist, der sie nicht als "Kommanditisten" erkannt hat ⁴⁵⁷⁾.

Der Einwand von Beyerle ⁴⁵⁸⁾, man könne dem Gläubiger nicht zumuten, zu untersuchen, ob die Gesellschaft ein Gewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB oder nach §§ 2, 3 HGB betriebe, überzeugt nicht. Er verkennt, daß das Gesetz die Unterscheidung dieser Gewerbearten ausdrücklich vornimmt ⁴⁵⁹⁾

und dem Handelsverkehr zumutet, daß er diese Unterscheidung kennt und sich darüber informiert ⁴⁶⁰⁾.

Soweit Canaris ⁴⁶¹⁾ für eine entsprechende Anwendung von § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB nach Rechtsscheinsgrundsätzen den Rechtsschein einer Nichteintragung als KG im Handelsregister vermißt, vermag auch das nicht zu überzeugen, weil § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB nicht ein Auftreten der Gesell-

456) Kollhosser, ZGR 1976, 231 (236, Fußn. 10).

457) GroßKo-Brüggemann, § 6, Rdn. 18.

458) BB 1975, 944 (945).

459) Eine hier nicht zu klärende Frage ist, ob diese Unterscheidung sinnvoll ist.

460) Kollhosser, ZGR 1976, 231 (237).

461) Capelle/Canaris, 1. Teil, 1. Kapitel, § 6, I, 3, c, S. 65.

schaft als nicht eingetragene KG verlangt ⁴⁶²⁾. Wesentlich für die unbeschränkte Haftung nach § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB ist einerseits, daß der Rechtsverkehr mangels Eintragung im Handelsregister die "Kommanditisten", die nach Vorstellung der Gesellschafter nur beschränkt haften sollen, nicht kennt und andererseits, daß die Gesellschaft ein Grundhandelsgewerbe ⁴⁶³⁾ betreibt, und zwar wegen § 4 Abs. 2 HGB ein vollkaufmännisches ⁴⁶⁴⁾. Der Rechtsschein, daß diese für § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB wesentlichen Voraussetzungen erfüllt sind, wird durch die Schein-KG in den Fällen 2 und 4 regelmäßig gesetzt. Auf diesen Rechtsschein kann der Dritte vertrauen. Ihm ist die Klärung der Frage nicht zuzumuten, ob der Gewerbebetrieb der Gesellschaft eine kaufmännische Einrichtung erfordert, also vollkaufmännisch oder nur minderkaufmännisch ist. Das gilt insbesondere in den hier unterstellten Fällen, in denen die Gesellschafter selbst dieses Merkmal irrtümlich falsch beurteilen und deshalb die Entstehung einer Schein-KG nicht bemerkt haben. Sudhoff ⁴⁶⁵⁾ meint, auch bei der minderkaufmännischen Schein-KG müsse sich der gutgläubige Dritte, der die Gesellschaft als KG beurteile, die durch den Gesellschaftsvertrag beschränkte Vertretungsmacht der Schein-Komplementäre ⁴⁶⁶⁾ entgegen-

462) Kollhosser, ZGR 1976, 231 (236).

463) Ansonsten gilt § 176 Abs. 1, Satz 2 HGB.

464) Insoweit erscheinen mir die Formulierungen bei Kollhosser, a.a.O., und Großko-Brüggemann, § 6, Rdn. 18, die nur von dem Betrieb eines Grundhandelsgewerbes sprechen, etwas ungenau; vgl. auch oben I, 2, b, aa), Fußn. 304.

465) DB 1979, 437 (438); wohl auch Huber, Festschrift Hefermehl, 127 (135).

466) Vgl. oben III, 2, a, bb).

halten lassen, so daß entgegen § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB, der für die GbR nicht gelte, nur eine entsprechend beschränkte Haftung der Schein-Kommanditisten in Betracht komme. Diese Auffassung übersieht, daß der insoweit zu schützende gutgläubige Gläubiger aus dem Auftreten der ein Grundhandelsgewerbe betreibenden Gesellschaft als KG auf die Existenz einer entsprechenden Handelsgesellschaft und nicht einer GbR geschlossen hat ⁴⁶⁷⁾. Da die nicht im Handelsregister eingetragene Gesellschaft als KG auftritt, kann der Gläubiger wegen § 4 Abs. 2 HGB von einem vollkaufmännischen Grundhandelsgewerbe sowie von der Geltung des § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB ausgehen. Im Hinblick auf § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB kann sich dieser Gläubiger im Unterschied zu dem, der zwar die wahre Rechtsform der Schein-KG, aber nicht die Schein-Kommanditisten erkannt hat ⁴⁶⁸⁾, darauf verlassen, nur bei positiver Kenntnis der Kommanditistenstellung eines der Gesellschafter mit dessen beschränkter Haftung rechnen zu müssen und nicht schon angesichts der Möglichkeit, sich diese Kenntnis verschaffen zu können ⁴⁶⁹⁾.

Gegenüber einem Gläubiger, der die Schein-KG als KG beurteilt und außerdem seine nach dem Gesellschaftsvertrag vorgesehene Rolle als Kommanditist nicht kennt, kann sich der Schein-Kommanditist also nicht auf eine im Sinne der §§ 171, 172 HGB beschränkte Haftung seines Privatvermögens für Gesellschaftsverbindlichkeiten berufen, da nach Rechtscheinsgrundsätzen § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB zur Anwendung kommt.

467) Ähnlich MünchKomm-Ulmer, § 714, Rdn. 18 und 34.

468) Vgl. oben III, 2, a, cc).

469) Vgl. oben I, 2, b, aa), Fußn. 307, 308.

cc) Das gilt nicht, wenn der Gläubiger zwar die wahre Rechtsform der Schein-KG nicht erkannt hat und diese als KG beurteilt, aber die "Kommanditisten"-Stellung des in Anspruch genommenen Gesellschafters kennt. In diesem Fall führt auch § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB nicht zu einer unbeschränkten Haftung des Schein-Kommanditisten. Dieser haftet vielmehr wie in der vorgetäuschten KG, also im Hinblick auf die konkrete Kenntnis des Gläubigers beschränkt im Sinne der §§ 171, 172 HGB.

c) Der Gläubiger, der in das Privatvermögen des Schein-Kommanditisten einer nicht im Handelsregister eingetragenen Schein-KG wegen dessen Mithaftung für eine Gesellschaftsverbindlichkeit vollstrecken will, muß ebenso wie bei einem vergleichbaren Schein-Komplementär ⁴⁷⁰⁾ eine gegen diesen Gesellschafter persönlich gerichtete Klage erheben.

3) Hinsichtlich der Haftung des Schein-Kommanditisten für Gesellschaftsverbindlichkeiten mit seinem Privatvermögen läßt sich zusammenfassend folgendes feststellen:

Im Unterschied zu einem wirklichen Kommanditisten kommt eine solche Haftung für außerhalb des Privatrechts begründete Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht in Betracht. Der Schein-Kommanditist der in den Fällen 1 und 3 (noch) im Handelsregister eingetragenen Schein-KG haftet für alle privatrechtlich begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten gemäß §§ 5, 161 Abs. 2, 128, 171, 172 HGB wie

470) Vgl. oben II, 2, c.

ein wirklicher Kommanditist nur eingeschränkt mit seinem Privatvermögen.

Für den Schein-Kommanditisten der in den Fällen 2 und 4 nicht im Handelsregister eingetragen, aber im Rechtsverkehr als KG, die ein Grundhandelsgewerbe betreibt, auftretenden Gesellschaft beschränkt sich diese Haftung im Unterschied zu einem wirklichen Kommanditisten auf rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftsähnliche Verbindlichkeiten. Dabei gilt auch hier weiterhin die Beschränkung im Sinne der §§ 171, 172 HGB, außer gegenüber einem Gläubiger, der die Gesellschaft als KG beurteilt und die "Kommanditisten"-Stellung nicht kennt (§ 176 Abs. 1 Satz 1 HGB).

IV.

Ergebnis zu § 6:

Die Entstehung einer nicht vollkaufmännischen Schein-KG führt zu folgenden Haftungserleichterungen ⁴⁷¹⁾ der Gesellschafter mit ihren Privatvermögen für Gesellschaftsverbindlichkeiten im Vergleich zu den für eine wirkliche KG geltenden Bestimmungen:

- 1) Die Haftung für außerhalb des Privatrechts begründete Verbindlichkeiten entfällt.

471) Zu Unrecht gehen viele von einer Haftungsverschärfung für den ehemaligen Kommanditisten aus, insbesondere Kornblum, BB 1972, 1032 ff. und Beyerle, NJW 1972, 229 ff.

2) In den Fällen 1 und 3, in denen die Gesellschaft im Handelsregister als KG eingetragen ist, gelten für alle privatrechtlichen Gesellschaftsverbindlichkeiten über § 5 HGB weiterhin die Haftungsregeln einer wirklichen KG.

3) In den Fällen 2 und 4, in denen die Gesellschaft nicht im Handelsregister eingetragen ist, aber im Rechtsverkehr als KG auftritt, die ein Grundhandelsgewerbe betreibt, entfällt für alle Gesellschafter der Schein-KG zusätzlich die private (Mit-)Haftung für alle nicht rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Gesellschaftsverbindlichkeiten, z.B. deliktische. Ansonsten entspricht die Haftungssituation weitgehend der in einer wirklichen KG vor Eintragung im Handelsregister. Die unbeschränkte Kommanditistenhaftung gem. § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB kommt jedoch nur gegenüber einem Gläubiger in Betracht, der die Gesellschaft als KG beurteilt und die "Kommanditisten"-Stellung nicht kennt.

§ 7

GESCHÄFTSFÜHRUNGS- UND VERTRETUNGSBEFUGNISSE DER
GESELLSCHAFTER DER NICHT VOLLKAUFMÄNNISCHEN
SCHEIN-KG

I.

Vergleich der Geschäftsführungs- und Ver-
tretungsbefugnisse in KG und GbR

1) In der KG sind im gesetzlichen Regelfall der oder die Komplementäre gem. §§ 161 Abs. 2, 114, 115 Abs. 1 HGB einzeln zur Geschäftsführung befugt. Diese Befugnis erstreckt sich auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt (§§ 161 Abs. 2, 116 Abs. 1 HGB), und kann im Einzelfall durch den Widerspruch eines anderen Komplementärs entfallen (§§ 161 Abs. 2, 115 Abs. 1 HGB).

Die Kommanditisten sind von der Geschäftsführung gem. § 164 Satz 1, 1. Halbsatz HGB ausgeschlossen. Das Recht zum Widerspruch gegen Geschäftsführungsmaßnahmen im gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der KG steht ihnen gem. § 164 Satz 1, 2. Halbsatz HGB nicht zu. Maßnahmen, die über den gewöhnlichen Betrieb hinausgehen, bedürfen gem. §§ 161 Abs. 2, 116 Abs. 2 HGB eines Beschlusses sämtlicher Gesellschafter, also unter Beteiligung der Kommanditisten (§ 164 Satz 1, 2. Halbsatz HGB).

Jeder einzelne Komplementär ist im gesetzlichen Regelfall zur Vertretung der KG ermächtigt (§§ 161 Abs. 2, 125 Abs. 1 Satz 1 HGB), während die Kommanditisten

gem. § 170 HGB von der Vertretung der KG ausgeschlossen sind ⁴⁷²⁾.

2) Im Recht der GbR ist eine völlig andere Regelung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse der Gesellschafter vorgesehen.

Unterschiedliche Befugnisse der Gesellschafter kennt der gesetzliche Regelfall der GbR nicht. Die Führung der Geschäfte der Gesellschaft steht gem. § 709 Abs. 1 BGB den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu. Da alle Gesellschafter an der Geschäftsführung beteiligt sind, fehlt im Recht der GbR eine Differenzierung zwischen gewöhnlichen und außergewöhnlichen Geschäften der Gesellschaft. Mit der Gesamtgeschäftsführungsbefugnis korrespondiert gem. § 714 BGB die Gesamtvertretungsbefugnis der GbR-Gesellschafter.

II.

Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse der Gesellschafter nach Entstehung der nicht vollkaufmännischen Schein-KG

Angesichts der erheblich unterschiedlich ausgestalteten Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse in KG und GbR - im gesetzlichen Regelfall - kommt es im Falle der Umwandlung der Gesellschaft zur GbR insoweit möglicherweise zu einer wesentlichen Änderung der Rechtsstellung der Gesellschafter.

472) Das gilt allerdings nur für die organschaftliche Vertretung im Sinne von § 125 HGB.

Es taucht die Frage auf, ob die ehemaligen Kommanditisten, die bisher von der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen waren, nach der Umwandlung zur GbR mit den ehemaligen Komplementären Gesamtgeschäftsführungs- und Gesamtvertretungsbefugnis erlangen. Die ehemaligen Komplementäre, die bisher jeder einzeln die gewöhnlichen Geschäfte führen und die Gesellschaft auch jeder einzeln vertreten konnten, sind möglicherweise nur noch zusammen mit den anderen ehemaligen Komplementären und insbesondere den ehemaligen Kommanditisten zur Geschäftsführung und Vertretung berechtigt. Problematisch scheint die Lage gerade in den hier untersuchten Fällen der von den Gesellschaftern nicht bemerkten Umwandlung zur GbR zu sein. Da die ehemaligen Komplementäre die Gesellschaft weiterhin allein vertreten, muß möglicherweise mangels Beteiligung der anderen Gesellschafter eine nicht mehr ordnungsgemäße Vertretung der Gesellschaft festgestellt werden.

1) Für die Fälle 1 und 3, in denen die Gesellschaft noch als KG im Handelsregister eingetragen ist, kommt eine Lösung dieser Problematik über § 5 HGB in Betracht. Solange die Gesellschafter die Umwandlung der KG zur GbR nicht bemerkt haben, werden sie davon ausgehen, daß die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse durch den KG-Vertrag geregelt sind. Meinungsverschiedenheiten zwischen ihnen im Hinblick auf die Konsequenzen aus der Umwandlung der Rechtsform der Gesellschaft auf die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse sind in dieser Situation kaum vorstellbar.

Das kann sich ändern, wenn die Gesellschafter die Umwandlung zur GbR bemerkt haben. Denkbar sind nunmehr nicht

nur Streitigkeiten hinsichtlich der zukünftigen Gestaltung der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft, sondern auch über die zurückliegende Zeit, in der sich die Gesellschaft bereits unbemerkt zur GbR umgewandelt hatte. Im wesentlichen werden sich die Gesellschafter dann zunächst darum streiten, ob die Erforderlichkeit eines kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetriebes bereits entfallen ist oder war und dadurch bereits die Umwandlung der Gesellschaft zur GbR erfolgt ist oder war. Gerade diesen Streit soll § 5 HGB der Auseinandersetzung solange entziehen, wie die Gesellschaft im Handelsregister als KG eingetragen ist, indem dieser Registerinhalt als für alle privatrechtlichen Verhältnisse des oder der Eingetragenen maßgeblich erklärt wird ⁴⁷³⁾. Diese gesetzgeberische Zielsetzung des § 5 HGB erscheint auch im Verhältnis der Gesellschafter untereinander sinnvoll. Nach wohl einhelliger Meinung ⁴⁷⁴⁾ ist mit dieser Begründung § 5 HGB nicht nur im Verhältnis der Gesellschaft zu Dritten, sondern auch im Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander anzuwenden. Darauf deutet auch der Wortlaut von § 5 HGB hin, der im Unterschied z.B. zu § 123 Abs. 1 HGB nicht die Einschränkung "im Verhältnis zu Dritten" enthält, sondern insoweit keine Unterscheidungen trifft ⁴⁷⁵⁾.

In den Fällen 1 und 3, in denen die Gesellschaft (noch im Handelsregister als KG eingetragen ist, genügt der

473) Vgl. oben § 5, I, 2, a, aa), (1).

474) RGZ 50, 154 (158); GroßKo-Brüggemann, § 5, 3. Aufl., Anm. 3 a; GroßKo-Fischer, § 105, Anm. 16; Beyerle, BB 1973, 1376 (1381); auch Schmidt, BB 1973, 1612 (1613/1614), der allerdings zu Unrecht von dem Fortbestand der Gesellschaft als KG bis zur Löschung der Eintragung im Handelsregister ausgeht (vgl. oben § 4, II, 1, c, ee).

475) RGZ, a.a.O.

Hinweis auf diese Eintragung, um der Regelung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse in der ehemaligen KG auch für die Zeit zwischen Umwandlung zur GbR und Löschung der Eintragung Geltung zu verschaffen.

2) Dieser Weg über § 5 HGB ist in den Fällen 2 und 4 mangels Eintragung der Gesellschaft als KG im Handelsregister nicht gangbar.

a) Wenn der Gesellschaftsvertrag ausdrückliche Regelungen der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse enthält, stellt sich die Frage, ob diese Regelungen von der unbemerkten Entstehung einer GbR betroffen werden. Diese Frage wird unterschiedlich beantwortet:

aa) Beyerle ⁴⁷⁶⁾ und Kornblum ⁴⁷⁷⁾ gehen davon aus, daß mit der Entstehung der GbR automatisch das dispositive Gesetzesrecht der GbR an die Stelle der Regelungen des KG-Vertrages tritt und so insbesondere die ehemaligen Kommanditisten zusammen mit den ehemaligen Komplementären Gesamtgeschäftsführungs- und -vertretungsbefugnis erlangen.

Angesichts der sehr unterschiedlichen Ausgestaltung der Geschäftsführung und Vertretung in KG und GbR im gesetzlichen Normalfall erscheine es "mehr als fraglich, ob eine Fortgeltung der die Kommanditisten zu Statisten degradierenden KG-Regelung jetzt (noch) dem erklärten Willen der Gesellschafter entspricht" ⁴⁷⁸⁾.

476) Insbesondere NJW 1972, 229 ff.

477) BB 1972, 1032 ff.

478) Kornblum, a.a.O. (1033).

Eine Beibehaltung der bisherigen KG-Regelung könne nur in Betracht kommen, wenn durch die Umwandlung zur GbR nicht die Rechtsstellung der Gesellschafter hinsichtlich ihrer Pflichten eine gravierende Änderung erfahren habe. Eine solche Änderung sehen beide Autoren in einer erheblichen Verschärfung der Haftungssituation für den ehemaligen Kommanditisten. Dieser sei bei rechtsgeschäftlich begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten zur Beschränkung seiner privaten Mithaftung - entsprechend dem ursprünglich geltenden KG-Recht - auf deutliche Hinweise durch die geschäftsführenden Gesellschafter gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner auf diese beschränkte Haftung angewiesen ⁴⁷⁹⁾. Außerdem hafte er auch als GbR-Gesellschafter grundsätzlich für jede Art von Gesellschaftsverbindlichkeiten mit seinem Privatvermögen ⁴⁸⁰⁾, insbesondere auch für alle nicht rechtsgeschäftlich begründeten Gesellschaftsschulden, für die eine Haftungsbeschränkung über eine begrenzte Vertretungsmacht der geschäftsführenden Gesellschafter nicht in Betracht komme ⁴⁸¹⁾.

Diesem "Plus an Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten" müsse deshalb ein "Plus an Herrschaft des bisherigen Kommanditisten in der nunmehr gegebenen BGB-Gesellschaft entsprechen" ⁴⁸²⁾. Wegen der angeblichen Haftungsverschärfung für den ehemaligen Kommanditisten in der zur GbR umgewandelten Gesellschaft könne man nicht davon ausgehen, "daß sich der Kommanditist auch in der GbR mit den

479) Kornblum, a.a.O. (1035); Beyerle, a.a.O. (230) sowie BB 1973, 1376 (1380).

480) Beyerle, NJW 1972, 229 (230).

481) Kornblum, BB 1972, 1032 (1035).

482) Kornblum, a.a.O. (1035).

beschränkten Herrschaftsrechten der §§ 161 ff. HGB begnügen" werde ⁴⁸³⁾.

bb) Der BGH ⁴⁸⁴⁾, dem sich ein Teil der Literatur ohne weitere Ausführungen anschließt ⁴⁸⁵⁾, vertritt die Auffassung, im Regelfall sei nach dem Gesellschaftsvertrag davon auszugehen, daß auch nach der Umwandlung der Gesellschaft zur GbR die für die ursprünglich geplante bzw. schon entstandene KG vorgesehene Regelung der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft weiterhin Geltung habe. Gerade dann, wenn nicht eine KG, sondern eine GbR entsteht, weil eine kaufmännische Einrichtung nicht erforderlich ist, die Gesellschafter aber die Geschäfte so betreiben, wie sie sich das bei Abschluß des KG-Vertrages vorgestellt haben - hier Fall 4 -, dränge sich die Annahme auf, nach dem Willen der Gesellschafter solle auch in einer GbR die für die KG vorgesehene Regelung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse gelten ⁴⁸⁶⁾.

483) Beyerle, a.a.O. (232).

484) BB 1972, 61 für den Fall 4 der "Typenverfehlung" sowie NJW 1971, 1698 f. für den mit Fall 2 vergleichbaren Fall einer Zweckänderung, die zum Wegfall der Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung führt; siehe dazu ergänzend Stimpel, ZGR 1973, 73 ff., der die beiden vorerwähnten Urteile näher erläutert, weil sie "etwas knapp gehalten sind" (81).

485) Soergel-Hadding, § 709, Rdn. 20; Palandt-Thomas vor § 709, Bem. 1 f.; Schmidt, GesellschaftR, § 53, I, 1, b, S. 1138; wohl auch Sudhoff, DB 1979, 437 (438); für die Vertretungsbefugnisse: Huber, Festschrift Hefermehl, 127 (133).

486) Stimpel, a.a.O. (82).

Die in dem Gesellschaftsvertrag ausgestaltete Regelung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse dürfe nicht für sich allein, sondern nur in Verbindung mit der Gesamtheit aller aufeinander abgestimmten Vorschriften des Gesellschaftsvertrages gesehen werden. Ein Eingriff in diese Regelungen ohne Zustimmung aller Gesellschafter könne das Gleichgewicht dieser Regelung stören und sei nur unter außergewöhnlichen, in den hier angesprochenen Fällen jedoch regelmäßig nicht vorliegenden Umständen, gem. § 242 BGB zulässig ⁴⁸⁷⁾. Die Umwandlung zur GbR sei "nicht ohne weiteres mit einer Haftungserweiterung für die bisherigen Kommanditisten verbunden", so daß auch daraus nicht die Notwendigkeit einer Abänderung der bisherigen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse hergeleitet werden könne ⁴⁸⁸⁾.

Auch Ulmer ⁴⁸⁹⁾ folgt weitgehend dieser Ansicht des BGH. Nach seiner Auffassung sollen "die besseren Gründe im Zweifel" dafür sprechen, die bisherigen Geschäftsführungsvereinbarungen trotz Änderung der Rechtsform fortgelten zu lassen, zumal sich das aus der Alleingeschäftsführung der bisherigen Komplementäre folgende Haftungsrisiko der Mitgesellschafter nicht "ohne weiteres" infolge der Umwandlung zur GbR vergrößere.

Westermann ⁴⁹⁰⁾ folgt ebenfalls grundsätzlich dem BGH und lehnt zumindest bei der von den Gesellschaftern nicht bewußt veranlaßten Umwandlung zur GbR die automatische Änderung der Geschäftsführungs- und Vertretungsregelungen entsprechend dem dispositiven GbR-Recht ab.

487) BGH, NJW 1971, 1698.

488) BGH, a.a.O.

489) In MünchKomm, § 709, Rdn. 19.

490) In Handbuch, Rdn. 51.

cc) Zutreffend erscheint hier allein die Auffassung des BGH, nach der auch in der zur GbR umgewandelten Gesellschaft die von den Gesellschaftern für die KG vorgesehene Geschäftsführungs- und Vertretungsregelung weiterhin gilt. Stimpel untermauert diese Rechtsprechung mit dem Grundsatz, daß der Fortbestand einer von der in bestimmter Weise vertraglich geordneten Gesellschaftsstruktur im Zweifel im Sinne der Gesellschaftermehrheit liegt ⁴⁹¹⁾. Ein Eingriff in die Geschäftsführungs- und Vertretungsregelung nach Umwandlung der Gesellschaft zur GbR könnte - wenn überhaupt - in den untersuchten Fällen nur im Hinblick auf eine Haftungsverschärfung für den ehemaligen Kommanditisten gerechtfertigt sein. Von einer angeblichen Haftungsverschärfung gehen die von dem BGH abweichenden Auffassungen aus und sind deshalb abzulehnen. Die obigen Ausführungen ⁴⁹²⁾ haben verdeutlicht, daß die Entstehung der nicht vollkaufmännischen Schein-KG im Gegenteil für alle Gesellschafter zu einer Erleichterung ihrer privaten (Mit-)Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten führt. Entgegen Kornblum und Beyerle entfällt mit der Entstehung der Schein-KG diese private (Mit-)Haftung nicht nur für außerhalb des Privatrechts begründete Gesellschaftsverbindlichkeiten, sondern auch gerade für alle nicht rechtsgeschäftlich oder rechtsgeschäftsähnlich begründeten ⁴⁹³⁾. Es kommt also auch für die ehemaligen Kommanditisten eher zu einem "Minus an Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten".

491) ZGR 1973, 73 (85).

492) Vgl. oben § 6, II (Haftung des Schein-Komplementärs) und III (Haftung des Schein-Kommanditisten).

493) Vgl. oben § 6, II, 2, b und III, 2, b, aa).

Für eine automatische Änderung des Gesellschaftsvertrages ohne die Zustimmung aller Gesellschafter besteht also keine Veranlassung.

Selbst wenn man zu Unrecht von einer verschärften Haftungssituation für den ehemaligen Kommanditisten nach Entstehung der nicht vollkaufmännischen Schein-KG ausgeht, widerspricht die automatische Geltung der dispositiven GbR-Vorschriften für die Regelung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse in vielen Fällen auch dem Willen und den Interessen der Kommanditisten. Der von Kornblum und Beyerle wie selbstverständlich unterstellte Gleichlauf von Herrschaft und Haftung ist in keiner Weise gesetzlich vorgeschrieben und wird auch als rechtspolitischer Grundsatz deutlich in Frage gestellt ⁴⁹⁴⁾. Für einen Kommanditisten kann es die unterschiedlichsten Gründe dafür geben, daß er bei Abschluß eines KG-Vertrages weitgehend auf Herrschaftsrechte verzichtet. Die beschränkte Haftung mit seinem Privatvermögen fördert zwar die Bereitschaft zu einem solchen Verzicht, muß aber keineswegs der ihn tragende Grund sein. In vielen Fällen erscheint es außerdem äußerst fraglich, ob die ehemaligen Kommanditisten überhaupt fähig und bereit sind, an der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft mitzuwirken ⁴⁹⁵⁾.

Die Annahme einer automatisch geltenden Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter zwingt außerdem dazu, den ehemaligen Komplementär vom Zeitpunkt der Umwandlung zur GbR an als Vertreter ohne Vertretungsmacht anzuse-

494) Vgl. im einzelnen Hofmann, NJW 1967, 577 (579 f.); Pick, ZGR 1978, 698 (711 ff.).

495) MünchKomm-Ulmer, § 709, Rdn. 19.

hen, wenn er ohne Beteiligung der anderen Gesellschafter Geschäfte für die Gesellschaft abschließt. Diese Situation kann gerade in den hier untersuchten Fällen der unbemerkten Umwandlung zur GbR lange andauern und eine große Anzahl von Geschäften erfassen. Ein solches Ergebnis entspricht kaum dem mutmaßlichen Willen der Gesellschafter. Diese sehen im Regelfall den ehemaligen Komplementär als den Vertreter ihres Unternehmens an und werden deshalb wenig Verständnis für einen unbemerkten und automatischen Wegfall seiner Einzelvertretungsbefugnis haben ⁴⁹⁶⁾ .

Die Entstehung der Schein-KG = GbR wirkt sich also auf ausdrückliche Regelungen der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse in dem Gesellschaftsvertrag nicht aus. Diese gelten auch weiterhin in der ausdrücklich vereinbarten Form.

b) Wenn der Gesellschaftsvertrag zu den Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnissen der Gesellschaft schweigt, ergeben sich die entsprechenden Regelungen aus dem Gesetz ⁴⁹⁷⁾ . Es fragt sich, ob nicht zumindest in diesen Fällen nach Entstehung der GbR automatisch die für diese Gesellschaftsform im Gesetz vorgesehenen dispositiven Regelungen der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse der Gesellschafter gelten.

aa) Bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages der früheren bzw. geplanten KG haben die Gesellschafter entsprechend den gesetzlichen Regelungen nur den Komplen-

496) Schmidt, BB 1973, 1612 (1613).

497) Vgl. oben I, 1.

tären Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse zuweisen wollen, und zwar gem. §§ 161 Abs. 2, 115, 125 HGB Einzelgeschäftsführungs- und -vertretungsmacht. Für den Fall der nicht beabsichtigten und sich unabhängig von einem entsprechenden Willen der Gesellschafter vollziehenden Umwandlung der Gesellschaft zur GbR bzw. der entsprechenden "Typenverfehlung" werden sie hinsichtlich der dann geltenden Geschäftsführungs- und Vertretungsregelung keine ausdrückliche vertragliche Bestimmung getroffen haben. Insoweit weisen die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages eine Lücke auf. Diese Lücke muß bei Entstehung der GbR nicht zwingend durch die gesetzlichen Bestimmungen für die Geschäftsführung und Vertretung in einer GbR (§§ 709, 714 BGB) geschlossen werden. Diese Vorschriften sind vielmehr als dispositives Gesetzesrecht beliebig variierbar, z.B. kann ein GbR-Vertrag Geschäftsführungs- und Vertretungsregelungen wie in einer KG vorsehen ⁴⁹⁸⁾. Damit stellt sich die Frage, ob die Vertragslücke durch das dispositive Gesetzesrecht der §§ 709, 714 BGB oder im Wege einer ergänzenden Auslegung des Gesellschaftsvertrages zu schließen ist ⁴⁹⁹⁾. Wenn die Vertragsschließenden zu einem bestimmten Problemkreis keine ausdrückliche Regelung getroffen haben, kann als Grundsatz zunächst davon aus-

498) Vgl. Schmidt, DB 1973, 653 ff., der dann von einer "Kommanditgesellschaft bürgerlichen Rechts" spricht.

499) Stimpel, ZGR 1973, 73 (85); Kornblum, BB 1972, 1032 (1033); Beyerle, NJW 1972, 229 und BB 1973, 1376 (1377).

gegangen werden, daß sie die Ausgestaltung ihrer vertraglichen Beziehung insoweit den Gesetzesvorschriften überlassen⁵⁰⁰⁾. Sind diese Gesetzesvorschriften jedoch wie hier dispositiv und läßt sich unter Berücksichtigung der Gesamtheit der Vertragsbeziehungen zwischen den Beteiligten feststellen, daß die Anwendung der dispositiven Gesetzesnormen von den Vertragsschließenden nicht gewollt war und deshalb zu unangemessenen Ergebnissen führt, ist die Vertragslücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen⁵⁰¹⁾.

bb) Wie die vorerwähnte Lücke in den ausdrücklichen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages nach der unmerkten Entstehung der nicht vollkaufmännischen Schein-KG in den Fällen 2 und 4 zu schließen ist, wird genauso unterschiedlich beurteilt, wie die zuvor untersuchte Auswirkung auf ausdrückliche Regelungen der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse in einem Gesellschaftsvertrag.

Schon oben wurde ausführlich dargestellt, daß die Fortgeltung der KG-Regelungen in der zur GbR umgewandelten Gesellschaft nach Auffassung von Kornblum und Beyerle nicht in Betracht kommen und nur die automatisch einsetzende Geltung der gesetzlich für eine GbR vorgesehenen Regelungen den Interessen der Gesellschafter entsprechen soll⁵⁰²⁾.

500) BGHZ 77, 301 (304) und NJW 1975, 1116 (1117).

501) Larenz, Methodenlehre, II. Teil, Kapitel 3, 4 b), S. 288; BGH a.a.O.

502) Vgl. oben II, 2, a, aa).

Die herrschende Meinung ⁵⁰³⁾ vertritt demgegenüber zutreffend die Auffassung, der Gesellschaftsvertrag sei im Regelfall ergänzend dahin auszulegen ⁵⁰⁴⁾, daß auch nach der Umwandlung der GbR die für die KG vorgesehene gesetzliche Regelung der Geschäftsführung und Vertretung gelten soll. Auf die obigen Ausführungen zur Begründung dieser Auffassung ⁵⁰⁵⁾ sowie die Argumente gegen Kornblum und Beyerle ⁵⁰⁶⁾ kann hier verwiesen werden, da sie wesentlich die Interessen der Gesellschafter in den Vordergrund stellen. Die Gesellschafter haben bei Gründung der Gesellschaft ihre Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse entsprechend den gesetzlichen KG-Bestimmungen regeln und damit der Gesellschaft eine bestimmte innere Struktur geben wollen. Für jede Art von Eingriffen in diese Struktur ist grundsätzlich größte Zurückhaltung geboten ⁵⁰⁷⁾ und auch im Falle einer Umwandlung zur GbR mangels einer von Kornblum und Beyerle zu Unrecht unterstellten Haftungsverschärfung für die ehemaligen Kommanditisten keine Veranlassung gegeben. Das dispositive GbR-Recht kommt also auch in diesen Fällen nicht zur Anwendung, sondern im Wege ergänzender Vertragsauslegung die gesetzlich für eine KG vorgesehene Regelung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse.

503) Vgl. oben II, 2, a, bb).

504) So ausdrücklich Soergel-Hadding, § 709, Rdn. 20; Stimpel, ZGR 1973, 73 (85).

505) Vgl. oben II, 2, a, bb).

506) Vgl. oben II, 2, a, cc).

507) Stimpel, ZGR 1973, 73 (85).

III.

Ergebnis zu § 7:

Die Entstehung der nicht vollkaufmännischen Schein-KG führt nicht zu einer Abänderung der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, die die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse der Gesellschafter in der ehemaligen bzw. geplanten KG regeln.

In den Fällen 1 und 3 gelten die für die KG vorgesehenen Regelungen über § 5 HGB weiter.

In den Fällen 2 und 4 gelten die ausdrücklichen vertraglichen Regelungen auch nach der Entstehung der nicht vollkaufmännischen Schein-KG. Soweit die Gesellschafter ihre Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse nicht ausdrücklich geregelt, sondern insoweit die Geltung der gesetzlichen KG-Bestimmungen vereinbart haben, führt eine ergänzende Vertragsauslegung zur Fortgeltung der KG-Bestimmungen auch in der GbR.

§ 8

AUSBLICK AUF DIE SITUATION NACH ENTDECKUNG
DER WIRKLICHEN RECHTSFORM DER GESELLSCHAFT

I.

Haftung der Gesellschafter für Gesell-
schaftsverbindlichkeiten mit ihrem
Privatvermögen

1) In den Fällen 2 und 4:

a) Sobald die Gesellschafter erkannt haben, daß es sich bei ihrer Gesellschaft in Wirklichkeit um eine GbR handelt, wird diese Gesellschaft als GbR im Rechtsverkehr auftreten.

Auf der Grundlage der "Theorie der Doppelverpflichtung" haften die Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten mit ihrem Privatvermögen nur, wenn sie zusätzlich ein persönlicher Verpflichtungsgrund trifft ⁵⁰⁸⁾. Das läßt sich im Regelfall nur im Zusammenhang mit rechtsgeschäftlich oder rechtsgeschäftsähnlich begründeten Verbindlichkeiten feststellen ⁵⁰⁹⁾.

b) In dem Gesellschaftsvertrag der als KG gewollten Gesellschaft kommt der Wille der Gesellschafter zum Ausdruck, daß die als Kommanditisten vorgesehenen Gesellschafter nur in Höhe der Haftsumme und nur bis zur

508) Vgl. oben § 6, I, 3, a.

509) Vgl. oben § 6, I, 3, b.

Leistung ihrer Einlage Gesellschaftsgläubigern mit ihrem Privatvermögen haften sollen. Dadurch wird die Geschäftsführungs- und damit auch die Vertretungsbefugnis (§ 714 BGB) der als Komplementäre vorgesehenen Gesellschafter dahin eingeschränkt, daß sie die geplanten Kommanditisten nicht über das Gesellschaftsvermögen und den Betrag einer möglicherweise noch ausstehenden Einlage hinaus verpflichten dürfen ⁵¹⁰⁾. Diese Haftungsbeschränkung zugunsten der als Kommanditisten geplanten Gesellschafter läßt sich durch entsprechende Hinweise seitens der geschäftsführenden Gesellschafter an die jeweiligen Vertragspartner erreichen ⁵¹¹⁾.

Bei dieser Sachlage besteht für den geplanten Kommanditisten im Vergleich zu der bei Gründung der Gesellschaft als KG angestrebten Situation insofern ein geringfügig erhöhtes Risiko, als nunmehr die beschränkte Haftung mit seinem Privatvermögen von entsprechenden Verlautbarungen der Geschäftsführung abhängt, während er sich in der KG auf die gesetzliche Regelung des § 171 HGB hätte berufen können.

Allerdings verbleibt ihm in dem Ausnahmefall einer nicht hinreichenden Verdeutlichung seiner Haftungsbeschränkung durch die geschäftsführenden Gesellschafter gegen diese eine Regreßmöglichkeit ⁵¹²⁾.

2) In den Fällen 1 und 3:

Mit der Umwandlung zur GbR verliert die Gesellschaft das

510) Teichmann/Schick, JuS 1975, 18 (21);
vgl. oben § 6, III, 2, a, bb).

511) Vgl. oben § 6, III, 2, a, bb).

512) Schmidt, BB 1973, 1612 (1613).

Recht, unter der Firma einer KG aufzutreten. Demnach sind die Gesellschafter verpflichtet, das Erlöschen der Firma zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ⁵¹³⁾. Nachdem dann die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister gelöscht ist, ergibt sich die gleiche Situation wie in den Fällen 2 und 4.

II.

Innenverhältnis der Gesellschafter

1) Grundsätzlich besteht auch dann keine Veranlassung von außen in die innere Struktur der Gesellschaft einzugreifen, wenn die Gesellschafter die wahre Rechtsform ihrer Gesellschaft erkannt haben. Es gelten auch jetzt weiterhin die ausdrücklich in dem Gesellschaftsvertrag festgelegten Bestimmungen für das Innenverhältnis bzw. die bei Gründung der Gesellschaft von den Gesellschaftern gewünschten Bestimmungen einer KG. Eine einverständliche Abänderung dieser Regeln im Hinblick auf die nicht gewollte Rechtsform ihrer Gesellschaft ist den Gesellschaftern selbstverständlich ebenso möglich wie eine gemeinsam beschlossene vorzeitige Auflösung der Gesellschaft.

2) Für den Fall 4 wurde schon oben erläutert ⁵¹⁴⁾, daß die eigentliche Problematik der "Typenverfehlung" im Gründungsstadium der Gesellschaft darin besteht, daß ein

513) Weippert, S. 53.

514) Vgl. oben § 4, I, 1. 1. 1.

Gesellschaftstyp entsteht, den die Beteiligten gar nicht gewollt haben. Die Vorstellungen der Gesellschafter (Gründung einer KG) stimmen nicht mit der (Rechts-)Wirklichkeit (Gründung einer GbR) überein.

Soweit es den Gesellschaftern auf die Rechtsform der von Ihnen gegründeten Gesellschaft nicht ankommt und sie lediglich eine falsche Bezeichnung vorgenommen haben, ist dieser Irrtum als "falsa demonstratio" unbeachtlich.

Kommt es einem Gesellschafter jedoch entscheidend darauf an, eine KG zu gründen - z.B. um als Kommanditist die Haftungsbeschränkungen des KG-Rechts in Anspruch nehmen zu können -, hat die Gesellschaftsgründung nicht die von ihm erstrebten (Gründung einer KG), sondern wesentlich davon abweichende Rechtsfolgen (Gründung einer GbR) bewirkt. Dieser Gesellschafter unterliegt dann einem Rechtsfolgenirrtum als Unterfall des Inhaltsirrtums im Sinne von § 119 Abs. 1, 1. Fall BGB⁵¹⁵⁾.

Dieser Rechtsfolgenirrtum berechtigt den Gesellschafter grundsätzlich zur Anfechtung des Gesellschaftsvertrages⁵¹⁶⁾. Da in den hier untersuchten Fällen jedoch zunächst unbemerkt eine GbR entstanden ist und der Gesellschaftsvertrag durch Geschäftsaufnahme bereits in Vollzug gesetzt wurde, kommt nicht eine Anfechtung, die rückwirkend zur Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages führen würde (§ 142 BGB), in Betracht, sondern nach den Regeln

515) Palandt-Heinrichs, § 119, Bem. 5, d.

516) MünchKomm-Ulmer, § 705, Rdn. 21; wohl auch Fischer, Anm. zu BGHZ 22, 240 bei LM, § 105 HGB, Nr. 12.

über die fehlerhafte Gesellschaft ⁵¹⁷⁾ eine nur in die Zukunft wirkende Kündigung aus wichtigem Grund ⁵¹⁸⁾. Es erscheint allerdings zweifelhaft, ein derartiges Kündigungsrecht auch den geplanten Komplementären zuzubilligen. Ihre Haftungssituation in der nicht gewollten GbR ist eher günstiger als in der geplanten KG, da sie nur als GbR-Gesellschafter und damit im Regelfall nur für rechtsgeschäftlich oder rechtsgeschäftsähnlich begründete Gesellschaftsverbindlichkeiten auch mit ihrem Privatvermögen haften. Bei der hier unterstellten Fortgeltung der für die KG vorgesehenen Regelungen der Geschäftsführung und Vertretung wirkt sich die nicht gewollte Entstehung einer GbR nicht nachteilig für die geplanten Komplementäre aus. Es fehlt ihnen deshalb ein schutzwürdiges Interesse an einer vorzeitigen Auflösung der Gesellschaft, so daß ihre auf den Rechtsfolgenirrtum hinsichtlich des Gesellschaftstyps gestützte sofortige Kündigung als rechtsmißbräuchlich beurteilt werden müßte ⁵¹⁹⁾.

Allein dem geplanten Kommanditisten, der wegen seines geringfügig erhöhten Haftungsrisikos in der nunmehr als GbR auftretenden Gesellschaft schutzwürdig erscheint, steht demnach im Hinblick auf seinen Rechtsfolgenirrtum bei der "Typenverfehlung" ein wichtiger Grund zur vorzei-

517) Auf die Einzelheiten und die dogmatischen Grundlagen dieser Lehre soll hier nicht näher eingegangen werden; vgl. dazu MünchKomm-Ulmer, § 705, Rdn. 243 ff.; Soergel-Hadding, § 705, Rdn. 70 ff.

518) MünchKomm-Ulmer, § 705, Rdn. 21 i.V.m. Rdn. 263; Soergel-Hadding, § 705, Rdn. 78; Fischer a.a.O.

519) Soergel-Hadding, a.a.O.; wohl auch MünchKomm-Ulmer, § 705, Rdn. 263.

tigen Kündigung der Gesellschaft zu.

3) In den Fällen 1 bis 3 unterliegen die Gesellschafter nicht einem derartigen Rechtsfolgenirrtum, da zunächst die von ihnen gewollte KG entstanden ist, die sich allerdings später unbemerkt in eine GbR umwandelt. Im Ergebnis sind sie dann auch Gesellschafter einer von ihnen nicht gewollten GbR. Außerdem hängt die bisher gesetzlich abgesicherte Haftungsbeschränkung der ehemaligen Kommanditisten nunmehr von entsprechenden Hinweisen der geschäftsführenden Gesellschafter an den Rechtsverkehr auf diese Haftungsbeschränkung ab ⁵²⁰⁾.

a) An diesen Zustand sollen nach wohl einhelliger Auffassung die als Kommanditisten vorgesehenen Gesellschafter nicht zwingend gebunden bleiben. Über die Art und Weise der Korrektur dieser nicht gewollten Situation bestehen jedoch unterschiedliche Meinungen: Westermann ⁵²¹⁾ will wegen "der veränderten Situation" und Schmidt ⁵²²⁾ will "im Hinblick auf das vermehrte Risiko" den ehemaligen Kommanditisten einen Anspruch auf Anpassung des Gesellschaftsvertrages hinsichtlich der Regelung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse einräumen. Danach sollen wohl - beide Autoren sprechen das allerdings nicht deutlich aus - die ehemaligen Kommanditisten gegenüber den ehemaligen Komplementären einen Anspruch auf Beteiligung an der Geschäftsführung und Vertretung und auf Zustimmung zu einer entsprechenden Abänderung des Gesellschaftsvertrages haben.

520) Vgl. oben I, 1, b.

521) Handbuch, Rdn. 51.

522) BB 1973, 1612 (1614).

Ulmer ⁵²³⁾ will die ehemaligen Komplementäre nicht zu einer derartigen Zustimmung zur Abänderung des Gesellschaftsvertrages verpflichten, im Falle der Ablehnung einer solchen Abänderung aber den ehemaligen Kommanditisten wegen des erhöhten Haftungsrisikos ein Recht zur Kündigung der Gesellschaft aus wichtigem Grund (§ 723 Abs. 1, Satz 2 BGB) zubilligen. Dem folgt Flume ⁵²⁴⁾, wobei er vorab zur Diskussion stellt, ob die Gesellschaft nach ihrer Umwandlung zur GbR nicht als solche automatisch nach § 726 BGB endigt. Auch Fischer ⁵²⁵⁾ würde in den hier angesprochenen Fällen einen wichtigen Grund zur Kündigung der Gesellschaft annehmen, das allerdings auf den Irrtum hinsichtlich des Gesellschaftstyps stützen und allen Gesellschaftern ein Kündigungsrecht zubilligen.

b) Die von Flume zur Diskussion gestellte Endigung der Gesellschaft gem. § 726 BGB bei Änderung der Rechtsform zur GbR kommt nicht in Betracht, da der Zweck der Gesellschaft auf den Betrieb eines bestimmten Gewerbes und nicht die Unterhaltung einer Personenvereinigung in Form einer KG gerichtet ist. Dieses Gewerbe kann - wenn auch nicht vollkaufmännisch - weiterhin von der GbR betrieben werden.

Im übrigen erscheint jedoch die von Ulmer und Flume vertretene Auffassung zutreffend, wonach den ehemaligen Kommanditisten im Hinblick auf ihr geringfügig erhöhtes Haftungsrisiko ein wichtiger Grund zur vorzeitigen Kündigung

523) In MünchKomm, § 709, Rdn. 19.

524) In Festschrift Westermann, 119 (138).

525) Anm. zu BGHZ 22, 240 bei LM, § 105 HGB, Nr. 12.

der Gesellschaft (§ 723 Abs. 1, Satz 2 BGB) zugebilligt werden soll. Ein wichtiger Grund zur vorzeitigen Beendigung der Gesellschaft kann immer dann angenommen werden, wenn einem Beteiligten unter Berücksichtigung aller Umstände ein Festhalten an dem Gesellschaftsverhältnis nicht mehr zugemutet werden kann ⁵²⁶⁾. In den hier angesprochenen Fällen hat sich der Rechtsformwechsel der Gesellschaft ohne einen entsprechenden Willen der Gesellschafter vollzogen. Das gilt insbesondere auch für die ehemaligen Kommanditisten, die in der ursprünglich vorhandenen und allein gewollten KG auf eine gesetzlich geregelte Absicherung ihrer Haftungsbeschränkung vertrauen konnten. Diese gesetzliche Absicherung entfällt mit der Umwandlung zur GbR. Die ehemaligen Kommanditisten sind jetzt davon abhängig, daß die geschäftsführenden Gesellschafter ihre Haftungsbeschränkung den Gesellschaftsgläubigern hinreichend verdeutlichen. Gerade wenn ein Gesellschafter wegen der gesetzlich abgesicherten Haftungsbeschränkung bereit war, als Kommanditist Mitglied der Gesellschaft zu werden, wird ihm die Absicherung seiner Haftungsbeschränkung in der GbR zu unsicher werden und eine Aufrechterhaltung des Gesellschaftsverhältnisses gegen seinen Willen kaum zugemutet werden können. Soweit Fischer allen Gesellschaftern und damit auch den ehemaligen Komplementären einen wichtigen Grund zur sofortigen Kündigung der Gesellschaft zubilligen will, erscheint das zweifelhaft. Da die Gesellschaft zunächst als KG entstanden ist, bestehen bereits Bedenken gegen die Annahme eines Rechtsfolgenirrtums. Im übrigen fehlt

526) Palandt-Thomas, § 723, Bem. 1, b; Soergel-Hadding, § 723, Rdn. 11.

jedenfalls den Komplementären aus den schon oben dargelegten Gründen ein schutzwürdiges Interesse an einer vorzeitigen Auflösung der Gesellschaft, so daß ihre auf einen Rechtsfolgenirrtum gestützte sofortige Kündigung als rechtsmißbräuchlich beurteilt werden müßte ⁵²⁷⁾.

Ob eine Zustimmungsverpflichtung der ehemaligen Komplementäre gegenüber den ehemaligen Kommanditisten zu einer Abänderung des Gesellschaftsvertrages angenommen werden kann, erscheint schon grundsätzlich zweifelhaft ⁵²⁸⁾.

In jedem Fall läßt die von Westermann und Schmidt vorgesehene Beteiligung der ehemaligen Kommanditisten an der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft die Interessen der ehemaligen Komplementäre in nicht tragbarer Weise unberücksichtigt. Die ehemaligen Komplementäre sind bei Gründung der Gesellschaft von einer Geschäftsführungs- und Vertretungsregelung ausgegangen, die ihnen erhebliche Wirkungsmöglichkeiten und einen von den Kommanditisten allenfalls grundsätzlich beeinflussbaren Aktionskreis zubilligte. Diese Vorstellungen würden bei einer Beteiligung der ehemaligen Kommanditisten an der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft möglicherweise so schwerwiegend durchkreuzt, daß den ehemaligen Komplementären ein Festhalten an der Gesellschaft nicht mehr zuge-
mutet werden kann. In vielen Fällen erscheint es zudem fraglich, ob die ehemaligen Kommanditisten überhaupt fähig sind, an der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft mitzuwirken ⁵²⁹⁾.

527) Vgl. oben II, 2.

528) Generell gegen derartige Zustimmungspflichten Kollhoser, Festschrift Westermann, S. 275 ff.; auf die fehlende Praktikabilität weist Reiff, NJW 1964, 1940 (1941) hin.

529) MünchKomm-Ulmer, § 709, Rdn. 19.

III.

Ergebnis zu § 8:

Wenn die Gesellschafter die Entstehung der Schein-KG bemerkt haben - in den Fällen 1 und 3 nach Löschung der KG im Handelsregister -, tritt die Gesellschaft im Rechtsverkehr als GbR auf. Die Haftung der Gesellschafter richtet sich dann nach dem Recht der GbR. Die geschäftsführenden Gesellschafter sind allerdings verpflichtet, für eine Haftung der ehemaligen Kommanditisten beschränkt auf das Gesellschaftsvermögen und die möglicherweise noch ausstehende Einlage zu sorgen.

Im Hinblick auf das geringfügig erhöhte Haftungsrisiko der ehemaligen Kommanditisten, die sich nicht mehr auf die gesetzlich abgesicherte Haftungsbeschränkung durch das KG-Recht berufen können, ist ihnen ein wichtiger Grund zur vorzeitigen Kündigung der Gesellschaft (§ 723 Abs. 1, Satz 2 BGB) zuzubilligen.

Ergebnis zu T E I L III

Die mit der Entstehung einer nicht vollkaufmännischen Schein-KG verbundene Rechtsformänderung der Gesellschaft zur GbR bzw. die "Typenverfehlung" bewirken nur wenige Veränderungen der Rechtsstellung der Gesellschafter im Vergleich zu ihrer Rechtsstellung in der ehemaligen bzw. geplanten KG.

Die Gesellschafter haften nicht mehr für außerhalb des Privatrechts begründete Gesellschaftsverbindlichkeiten auch mit ihrem Privatvermögen. In den Fällen 2 und 4, in denen die Gesellschaft nicht im Handelsregister eingetragen ist, entfällt zusätzlich die private (Mit-)Haftung für alle nicht rechtsgeschäftlich oder rechtsgeschäftsähnlich begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten.

Die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, die die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse in der ehemaligen bzw. geplanten KG regeln, gelten auch in der GbR, es sei denn, die Gesellschafter haben insoweit ausdrücklich abweichende Bestimmungen vereinbart.

Wenn die Gesellschafter die Schein-KG entdeckt haben und die Gesellschaft im Rechtsverkehr als GbR auftritt - in den Fällen 1 und 3 nach Löschung der KG im Handelsregister -, haften sie mit ihrem Privatvermögen für Gesellschaftsverbindlichkeiten nach GbR-Recht. Dabei sollen die geschäftsführenden Gesellschafter auf eine Haftungsbeschränkung für die ehemaligen Kommanditisten entsprechend dem KG-Recht hinwirken. Wegen des Wegfalls der gesetzlichen Absicherung ihrer Haftungsbeschränkung können die ehemaligen Kommanditisten die Gesellschaft vorzeitig aus wichtigem Grund (§ 723 Abs. 1, Satz 2 BGB) kündigen.

Z U S A M M E N F A S S U N G

1) Ein wesentliches Merkmal der KG ist ein vollkaufmännischer Gewerbebetrieb, der nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Fehlt diese Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung, ist der Zweck der Gesellschaft nicht auf einen vollkaufmännischen Gewerbebetrieb gerichtet. Bei der Gesellschaft handelt es sich dann, auch wenn sie nach außen als KG auftritt, in Wirklichkeit um eine GbR.

2) Im Einzelfall läßt sich nur sehr schwer exakt bestimmen, ob der Gewerbebetrieb der Gesellschaft eine kaufmännische Einrichtung noch oder nicht mehr erfordert, ob die Gesellschaft also noch als KG oder schon als GbR zu beurteilen ist. Wegen dieser Abgrenzungsprobleme können die Gesellschafter ihre Gesellschaft leicht irrtümlich als KG ansehen, obwohl ihr Gewerbebetrieb objektiv keine kaufmännische Einrichtung erfordert und deshalb in Wirklichkeit eine GbR besteht. So kann durch den Irrtum der Gesellschafter über die Erforderlichkeit der kaufmännischen Einrichtung in folgenden 4 Fällen eine nicht vollkaufmännische Schein-KG entstehen:

Nach Eintragung der Gesellschaft als KG ins Handelsregister entfällt von den Gesellschaftern unbemerkt die Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung, wobei die Gesellschaft in dem einen Fall ein Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB betreibt (Fall 1), in dem anderen ein Gewerbe nach §§ 2, 3 HGB (Fall 3).

Wenn die Gesellschaft ein Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB betreibt, kann gem. §§ 161 Abs. 2, 123 Abs. 2 HGB auch ohne Handelsregistereintragung durch den Geschäftsbeginn eine KG entstehen. Zur Entstehung einer nicht vollkaufmännischen Schein-KG kommt es, wenn von den Gesellschaftern unbemerkt nach Geschäftsaufnahme die Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung entfällt (Fall 2) oder diese Erforderlichkeit objektiv bei Geschäftsaufnahme nicht bestand und nur irrtümlich von den Gesellschaftern angenommen wurde (Fall 4).

3) In den Fällen 1 und 3 wird durch den an die Handelsregistereintragung anknüpfenden § 5 HGB die Abgrenzungsproblematik zwischen KG und GbR entschärft und der Irrtum der Gesellschafter über die Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung weitgehend unbeachtlich. Zwar verhindert § 5 HGB nicht die Umwandlung der Gesellschaft zur GbR, verschafft jedoch dem bisher geltenden Recht der KG weiterhin Geltung, sofern sich ein Beteiligter auf die Handelsregistereintragung beruft. Sinn und Zweck des § 5 HGB ist es, das Prozeßgericht an die der Handelsregistereintragung vorausgegangene Beurteilung des Registerrichters zu binden und für alle privatrechtlichen Auseinandersetzungen einen Streit über die Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung auszuschließen. Das führt zumindest im Privatrecht, und zwar sowohl materiell als auch prozessual, dazu, daß über § 5 HGB die Rechtsstellung der ehemaligen KG - von wenigen Ausnahmen abgesehen - unverändert bleibt. Die Gesellschafter haften weiterhin wie in der ehemaligen KG gem. §§ 161 Abs. 2, 128 HGB für jede Art - außer für die nicht im Privatrecht begründeten - von Gesellschafts-

verbindlichkeiten auch mit ihrem Privatvermögen, wobei sich die ehemaligen Kommanditisten weiterhin auf die Haftungsbeschränkungen gem. §§ 171, 172 HGB berufen können. Nach seinem vorerwähnten Sinn und Zweck gilt § 5 HGB auch im Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern und veranlaßt so, daß die Regelung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse in der ehemaligen KG auch nach der Umwandlung zur GbR gilt.

4) In den Fällen 2 und 4 greift mangels Eintragung im Handelsregister § 5 HGB nicht ein. In diesen Fällen führt die Entstehung der nicht vollkaufmännischen Schein-KG und die damit verbundene Umwandlung zur GbR zu folgenden Auswirkungen auf die Rechtsstellung von Gesellschaft und Gesellschaftern:

a) Die Haftungssituation für das Gesellschaftsvermögen verändert sich kaum, da in materiell-rechtlicher Hinsicht das Gesellschaftsvermögen der GbR in gleicher Weise den Gesellschaftsgläubigern haftet wie das der KG. Es gelten auch die sonstigen für einen Kaufmann vorgesehenen Sonderregeln der §§ 343 ff. HGB, da diese Schein-KG ein minderkaufmännisches Gewerbe betreibt. Die durch § 351 HGB ausgeschlossenen Vorschriften kommen nach Rechtsscheinsgrundsätzen zur Anwendung.

Im Verfahrensrecht erfordert die Umwandlung zur GbR - nach ihrer Entdeckung durch die Beteiligten - eine Korrektur des Klagerubrums sowie die Umschreibung eines Vollstreckungstitels oder einer -klausel, da im Recht der GbR eine Vorschrift wie § 124 Abs. 2 HGB fehlt. Anstelle der ehemaligen bzw. geplanten KG sind die einzelnen Gesellschafter als Partei zu bezeichnen.

b) Mit der Entstehung einer nicht vollkaufmännischen Schein-KG kommt es in den Fällen 2 und 4 zu einer veränderten Haftungssituation für die Gesellschafter. Die KG-Gesellschafter haften für jede Art von Gesellschaftsverbindlichkeiten gem. §§ 161 Abs. 2, 128 Abs. 1 HGB automatisch auch mit ihrem Privatvermögen. Nach der hier vertretenen "Theorie der Doppelverpflichtung" kommt eine solche private (Mit-)Haftung der GbR-Gesellschafter nur in Betracht, wenn den einzelnen Gesellschafter zusätzlich ein persönlicher Verpflichtungsgrund trifft. Ein zur privaten (Mit-)Haftung des GbR-Gesellschafters führender persönlicher Verpflichtungsgrund läßt sich im Regelfall nur bei rechtsgeschäftlich oder rechtsgeschäftsähnlich begründeten Gesamthandsverbindlichkeiten der GbR feststellen. Über die Rechtsscheinsgrundsätze ergibt sich für die Gesellschafter einer nicht vollkaufmännischen Schein-KG keine weitergehende private (Mit-)Haftung z.B. für deliktische Verbindlichkeiten. Diese Grundsätze verlangen eine Kausalität zwischen dem durch Rechtsschein veranlaßten Vertrauen und den Dispositionen des Gläubigers, die die Entstehung der Verbindlichkeit beeinflussen. Die Rechtsscheinsgrundsätze sind deshalb nur im Zusammenhang mit rechtsgeschäftlich oder rechtsgeschäftsähnlich begründeten Verbindlichkeiten anwendbar. Die Entstehung der nicht vollkaufmännischen Schein-KG führt also zum Wegfall der privaten (Mit-)Haftung der Gesellschafter für alle nicht rechtsgeschäftlich oder rechtsgeschäftsähnlich begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten und damit im Gegensatz zu den insbesondere von Kornblum und Beyerle vertretenen Auffassungen zu einer deutlichen Haftungserleichterung für die Gesellschafter. Nach dem KG-Vertrag ist es den Schein-Komplementären untersagt, die Schein-Kommanditisten über das Gesellschaftsver-

mögen und den Betrag einer noch ausstehenden Einlage hinaus zu verpflichten. Diese zunächst nur im Innenverhältnis wirksame Einschränkung der Vertretungsmacht der geschäftsführenden Gesellschafter müssen sich die Gläubiger entgegenhalten lassen, die die "Kommanditisten" als solche erkannt haben oder ausnahmsweise wissen, daß in Wahrheit eine GbR besteht. Den so nicht informierten Gläubigern haftet der Schein-Kommanditist unbeschränkt entsprechend § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB - also wie vor der Entstehung der Schein-KG -, da die als KG auftretende Gesellschaft in den hier untersuchten Fällen 2 und 4 ein minderkaufmännisches Grundhandelsgewerbe betreibt. Der Rechtsverkehr muß deshalb und mangels Eintragung der Gesellschaft als KG im Handelsregister davon ausgehen, die Gesellschaft sei bereits als KG entstanden, so daß § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB gilt.

c) Die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, die die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse in der ehemaligen bzw. geplanten KG regeln, gelten auch nach der Umwandlung der Gesellschaft zur GbR, es sei denn, die Gesellschafter haben insoweit ausdrücklich abweichende Bestimmungen vereinbart. Soweit der Gesellschaftsvertrag keine ausdrücklichen Regelungen der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse enthält und die Gesellschafter angesichts der Gründung einer KG insoweit die Geltung der gesetzlichen KG-Bestimmungen vereinbart haben, führt eine ergänzende Vertragsauslegung dazu, daß die von den Gesellschaftern gewollten KG-Bestimmungen hinsichtlich ihrer Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse auch nach der Umwandlung der Gesellschaft zur GbR fortgelten. Ein Eingriff von außen in die so geordnete Gesellschaftsstruktur

durch Anordnung des dispositiven GbR-Rechts (Gesamtgeschäftsführungs- und -vertretungsbefugnis aller Gesellschafter einschließlich der "Kommanditisten") könnte nur unter außergewöhnlichen Umständen gem. § 242 BGB in Betracht kommen. Derartige Umstände sind jedoch nicht festzustellen.

5) Wenn die Gesellschafter die Schein-KG entdeckt haben und die Gesellschaft im Rechtsverkehr als GbR auftritt, haften die Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen für Gesellschaftsverbindlichkeiten nach GbR-Recht. Dabei sollen die geschäftsführenden Gesellschafter auf eine Haftungsbeschränkung für die ehemaligen bzw. geplanten Kommanditisten entsprechend dem KG-Recht hinwirken. Da die ehemaligen bzw. geplanten Kommanditisten dann hinsichtlich ihrer Haftungsbeschränkung von entsprechenden Verlautbarungen seitens der Geschäftsführung gegenüber dem Rechtsverkehr abhängig und nicht mehr gesetzlich durch das KG-Recht abgesichert sind, können sie die Gesellschaft vorzeitig aus wichtigem Grund (§ 723 Abs. 1 Satz 2 BGB) kündigen.

LEBENS LAUF

Am 13.7.1951 wurde ich in Kiel geboren als zweites von fünf Kindern - 4 Schwestern - meiner Eltern Erika und Dr. Richard Salomon. Mein Vater war damals als Dipl.-Volkswirt am Institut für Weltwirtschaft in Kiel tätig.

1956 zog unsere Familie nach Hamm/Westf. um, da mein Vater hier bis heute in der Drahtindustrie tätig ist. Von 1958 bis 1962 besuchte ich die Volksschule und anschließend das staatliche Gymnasium in Hamm. Die Reifeprüfung an diesem altsprachlichen Gymnasium legte ich im Juni 1970 ab.

Anschließend absolvierte ich vom 1. Juli 1980 bis 30. Juni 1982 einen freiwillig auf 2 Jahre verlängerten Wehrdienst bei der Bundeswehr und wurde als Leutnant der Reserve entlassen.

Von Oktober 1972 bis Februar 1977 studierte ich Rechtswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und bestand am 4. Juni 1977 die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm. Nach dem Referendardienst legte ich die zweite juristische Staatsprüfung am 11. April 1980 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen ab.

Im Mai 1980 wurde ich als Rechtsanwalt bei dem Landgericht Dortmund zugelassen und bin seitdem als Rechtsanwalt in Hamm tätig. Die Zulassung als Rechtsanwalt bei dem Oberlandesgericht Hamm erfolgte im Juni 1981. Seit Anfang 1983 bin ich Mitglied der Sozietät der Rechtsanwälte Dr. Reiff und Partner in Hamm.

Verheiratet bin ich seit dem 12.8.1977. Meine beiden Kinder wurden am 26.10.1981 und 29.1.1984 geboren.

